

Monikulttuurista rikosoikeutta – sama laki kaikille?

Emmi Wehka-aho

Pro gradu- tutkielma

26.11.2012

Rikosoikeuden oppiaine

Ohjaaja: Professori Raimo Lahti

Oikeustieteellinen tiedekunta

Helsingin yliopisto



HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos/Institution – Department	
Oikeustieteellinen tiedekunta			
Tekijä/Författare – Author			
Emmi Wehka-aho			
Työn nimi / Arbetets titel – Title			
Monikulttuurista rikosoikeutta – sama laki kaikille?			
Oppiaine / Läroämne – Subject			
Rikosoikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level	Aika/Datum – Month and year	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages	
Pro gradu- tutkielma	marraskuu 2012	94	
Tiivistelmä/Referat – Abstract			
<p>Kulttuuriset ja uskonnolliset tavat ja rituaalit voivat olla ristiriidassa kansallisen lain kanssa. Tutkielmani käsittelee kulttuurisia konflikteja rikosoikeuden kontekstissa ja erityisesti niitä tilanteita, joissa rikoksesta epäilty pyrkii kulttuurisilla perusteilla rikosvastuun välttämiseen tai rangaistuksen lieventämiseen (kulttuurinen puolustus). Selvitän minkälaisia oikeuden ja kulttuurin yhteenlöymäyksiä länsimaisessa oikeuskäytännössä esiintyy ja miten kulttuuriset tekijät voidaan ottaa huomioon oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Keskeisin tutkimuskysymys on miten tekijän kulttuuristausta ja kulttuurinen puolustus vaikuttavat rikosvastuun arviointiin.</p> <p>Lainsäädäntöön ja virallislähteisiin sekä koti- ja ulkomaiseen oikeuskirjallisuuteen pohjautuvan kulttuurisen puolustuksen teoreettisen taustan käsittelyllä selvitän, miten ilmiötä voidaan systematisoida ja miten moninaisilla tavoilla rikoksesta epäillyn kulttuuristausta saa merkitystä teon rikosoikeudellisen arvion kannalta. Erityisen tarkastelun kohteena on korkeimman oikeuden muslimipojan ympärileikkausta koskeva ennakkopäätös KKO 2008:93, jossa on kyse uudesta laissa kirjoittamattomasta kulttuurisille syille pohjautuvasta vastuuvapausperusteesta.</p> <p>Tutkielmassa osoitan, että kulttuurista puolustusta tulee arvioida etenkin laillisuusperiaatteen ja ihmisoikeuksien valossa. Osoitan myös, että kulttuurisella puolustuksella on merkitystä Suomen vastuuvapausperusteiden tulkinnassa ottaen huomioon etenkin sen kytkennät perus- ja ihmisoikeuksiin. Päätän, että kulttuurinen puolustus perustuu perus- ja ihmisoikeuksina suojatuille kulttuurisille oikeuksille ja uskonnonvapaudelle ja tapauksia ratkaistaessa erityisen tärkeää on perus- ja ihmisoikeuksien punninta. Kulttuurisille tekijöille rikosoikeudessa annettava merkitys on oikeudellisesti hyvin epäselvä ja kaipaa huomiota oikeustieteilijöiltä ja lainsäätäjältä. Kulttuuriset oikeudet ovat tärkeä osa perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää myös rikosoikeuden kontekstissa.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords rikosoikeus, monikulttuurisuus, kulttuurinen puolustus, kulttuurinen rikos, kulttuuriset oikeudet, kulttuurikonfliktit, vastuuvapausperusteet			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Oikeustieteellisen tiedekunnan kirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			



HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Faculty of Law		Laitos/Institution– Department	
Tekijä/Författare – Author Emmi Wehka-aho			
Työn nimi / Arbetets titel – Title Multicultural criminal law – one law for all?			
Oppiaine /Läroämne – Subject Criminal law			
Työn laji/Arbetets art – Level Master's Thesis		Aika/Datum – Month and year November 2012	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages 94
<p>Tiivistelmä/Referat – Abstract</p> <p>Cultural and religious manners and rituals can violate national law. The topic of this Master's thesis is the cultural conflicts that exist in the legal framework of criminal law, focusing on situations where the defendant seeks to avoid criminal liability or mitigate the punishment by way of cultural grounds (cultural defence). I will examine the types of cultural clashes that exist between national law and cultural norms prevalent in the western world and how these cultural factors can be evaluated in judicial practice. The main research question is how a defendant's cultural background and the cultural defence affect the criminal liability in the types of cases at issue.</p> <p>I will examine the theoretical background of the cultural defence based on national law, other official documents and domestic and foreign literature and study how the phenomenon can be systematized and in what various ways the cultural background of the defendant is relevant in the imposition of criminal responsibility. I will further examine a precedent of the Supreme Court of Finland case KKO 2008:93 that concerned the circumcision of a Muslim boy and in where the court applied a new defence based on cultural reasons without the legal basis of the written law.</p> <p>In this Master's thesis I will demonstrate that the cultural defence should be assessed particularly in light of the Rule of Law -principle and human rights. I will also show that the cultural defence is relevant in the application of Finnish criminal defences, especially considering its connections to the civil and human rights. I conclude that the cultural defence derives from the cultural and religious rights which are protected as civil and human rights. When adjudicating the cases it is important to evaluate the relative weights of those rights. The meaning of cultural factors given in criminal law is very unclear legally and demands attention of the legal scholars and the legislator. Cultural rights are an important part of the system of civil and human rights also in the context of criminal law.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords criminal law, multiculturalism, cultural defence, cultural offence, cultural rights, cultural conflicts, defences			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited University of Helsinki: Faculty of Law Library			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET	IV
Kirjallisuus	IV
Oikeustapaukset	VIII
Kansainväliset sopimukset	VIII
Virallislähteet	IX
Muut lähteet	X
1. JOHDANTO	1
1.1 Tutkielman tavoitteet ja tutkimusongelma	2
1.2 Rikosoikeuden kulttuurinen lataus	3
OSA I: MONIKULTTUURISTA RIKOSOIKEUTTA	
2. ERÄITÄ KESKEISIÄ NÄKÖKULMIA	6
2.1 Individualisoitua rikosoikeutta	6
2.2 Oikeuspoliittinen ongelma	8
2.3 Laillisuusperiaate ja yhdenvertaisuus	9
2.3.1 Mittapuiden ongelma	11
2.3.2 ”Kargar”- tapaus	12
2.4 Sosiaaliadekvanssi	13
2.5 Käsitteiden merkitys ja diskurssianalyysi	15
2.5.1 Syytämmekö kulttuuria pahoista teoista?	18
2.6 Oikeuden ja sukupuolen tutkimus	21
3. KULTTUURINEN PUOLUSTUS TUTKIMUSKOhteena	23
3.1 Tutkimuksen haasteet ja monitasoisuus	23
3.2 Käsitteet	25
3.2.1 Kulttuuri	25
3.2.2 Kulttuurinen puolustus (<i>cultural defence</i>)	27
3.2.3 Kulttuurinen rikos (<i>cultural offence</i>)	28
3.3 Lähteet	29
3.3.1 Esimerkkejä kulttuurisen puolustuksen tapauksista	32

3.4 Vaikutukset ja kriteerit.....	33
3.5 Kulttuuria koskeva todistelu	36
3.6 Väärinkäyttötilanteet.....	38

OSA II: KULTTUURISET OIKEUDET JA SUOMEN RIKOSLAIN VASTUUVAPAUSPERUSTEIDEN TULKINTA

4. KULTTUURISET OIKEUDET	41
4.1 Kotimainen sääntely.....	42
4.2 Kansainvälinen sääntely.....	45
4.3 Muut kulttuuria koskevat perus- ja ihmisoikeudet.....	46
4.3.1 Uskonnon vapaus	47
4.3.2 Perhe- ja yksityiselämän suoja	48
5. VASTUUVAPAUSPERUSTEET	50
5.1 Syyllisyysperiaate ja rangaistuksen oikeutus	50
5.2 Yleistä rangaistuksen määrittämisestä.....	52
5.3 Vastuuvapauserusteet.....	53
5.4 Erehdystilanteet.....	55
5.5 Provokaatio	57
5.5.1 Vaikutukset rangaistukseen.....	58
5.5.2 Provokaation erottaminen kostosta	60
5.5.3 Tekijän erityispiirteiden vaikutus.....	61
5.5.4 Rasistinen provokaatio	64
6. POIKIEN USKONNOLLISET YMPÄRILEIKKAUKSET	65
6.1 KKO 2008:93.....	66
6.1.1 Ympärileikkaus ja sukupuolten tasa-arvo	68
6.1.2 Johtopäätöksiä ja kritiikkiä.....	69
7. PERUS- JA IHMISOIKEUSPUNNINTA.....	73
7.1 Perusoikeuksien ydinalue.....	75
7.2 Ihmisoikeuskulttuurin murros.....	77
7.3 Ihmisoikeuksia korostavan näkökulman kritiikkiä	78

8. JOHTOPÄÄTÖKSET	79
8.1 Taulukko kulttuurisen puolustuksen kriteereistä	81

LÄHTEET

Kirjallisuus

Alvesalo – Ervasti 2006

Alvesalo, Anne ja Ervasti, Kaijus: ”Oikeus yhteiskunnassa – näkökulmia oikeussosiologiaan” Edita 2006.

Amirthalingam 2009

Amirthalingam, Kumaralingam: “*Culture, Crime and Culpability: Perspectives on the Defence Provocation*” Teoksessa Foblets, Marie-Claire ja Dundes Renteln, Alison (toim.): “*Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*” Oñati International Series in Law and Society. Hart Publishing 2009, s. 35-60.

Burman, Smailes & Chantler 2004

Burman, Smailes & Chantler: ”*Culture as a barrier to service provision and delivery: domestic violence services for minoritized women*” Critical Social Policy, August 2004, Vol 24(3):332 - 357.

Duff 2007

Duff, R A: “*Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law*” in the series of Legal Theory Today. (Edit. Gardner, John) Hart Publishing 2007.

Ekholm & Salmenkangas 2008

Ekholm, Elina ja Salmenkangas, Mai: ”Puhumalla paras – ratkaisuja arjen etnisiin konflikteihin” Sisäasiainministeriö. Ykkös-Offset Oy 2008.

Foblets & Renteln 2009

Edellä mainitun “*Multicultural Jurisprudence...*”- teoksen johdanto, s. 1 - 4.

Frände 2005

Frände, Dan: “Yleinen rikosoikeus”. Suomentanut Wahlberg, Markus. Edita 2005.

Grönfors 1981

Grönfors, Martti: ”Suomen mustalaiskansa” WSOY 1981.

Hahto 2004

Hahto, Vilja: ”Uhrin myötävaikutus ja rikoksentekijän vastuu - rikos ja vahingonkorvaus-oikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa” (väitös). Edita 2004.

Halme 2007

Halme, Miia: ”Laki ja ihmisoikeudet – etnografinen lähestymistapa” Oikeus 2007 (36);1: s. 32 – 43.

Hautamäki 2011

Hautamäki, Veli-Pekka: ”Perusoikeuden ydinalue argumenttina” Lakimies 1/2011, s.82 – 98.

Honkatukia ja Suurpää 2008

Honkatukia, Päivi ja Suurpää, Leena: ”Nuorten miesten monikulttuurinen elämäntilanne ja rikollisuus” Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 232. Helsinki 2007. Julkaistu 31.1.2008.

Keskinen 2009

Keskinen, Suvi: ”'Me' ja 'muut'? Kunniaan liittyvä väkivalta median kuvauksissa”. Teoksessa Tauro, Tanja & van Dijken, Marjo (toim.): ”Kunnia konfliktina. Näkökulmia ilmiön tunnistamiseen ja ennaltaehkäisyyn”. Helsinki: MLL:n Uudenmaan piiri 2008 s. 16-29.

Kusters 2009

Kusters, Joke: ”Criminalising Romani Culture through Law”. Edellä mainitussa teoksessa ”Multicultural Jurisprudence...”, s. 199 – 227.

Lahti 2010

Lahti, Raimo: ”Poikien ympärileikkaus. Monikulttuurista rikosoikeutta” Teoksessa: Porttikivi, Janne ja Tiihonen, Jussi (toim.): Mies väärästä tiedekunnasta. Ari Hirvosen 50-vuotisjuhlakirja. Loki-kirjat 2010, s. 51 - 67.

Lavapuro 2010

Lavapuro, Juha: ”Uusi perustuslakikontrolli” (väitös) Suomalainen Lakimisyhdistys A-sarja N:o 301. 2010

Lernestedt 2007

Lernestedt, Claes: ”Universalism Abroad and at Home” Teoksessa: Nuotio, Kimmo (toim.): ”Festschrift in Honour of Raimo Lahti” Forum Iuris 2007

Melander 2011

Melander, Sakari: ”Rikosoikeus ja monikulttuurisuuden haaste”. Haaste 3/2011, s.16-17.

Nuotio 2010

Nuotio, Kimmo: ”Kulttuurien kohtaaminen rikosoikeudessa” Oikeus (2010); 2, s. 138 - 145.

Pirjola 2007

Pirjola, Jari: ”Universaalit ihmisoikeudet ja eksoottinen toinen” Oikeus (2007); 36, s.107 - 114.

Renteln 2009

Renteln, Alison: ”*The Use and Abuse of the Cultural Defense*” Edellä mainitussa teoksessa ”*Multicultural Jurisprudence...*” s. 61 - 82.

Saukkonen 2012

Saukkonen, Pasi: ”Suomi: Euroopan monikulturalistisin maa?” Oikeus 2012(41);2, s.226-243.

Silveira 2011

Silveira, Renato e Mello Jorge: “*Multiculturalism and criminal law: the Brazilian case*”
International Review of Penal Law Vol 82. 3/4 2011, s. 507 - 521.

Tapani 2009

Tapani, Jussi: “Sattumaa vai ei – korkein oikeus, kieltoerehdys ja tahallisuuden kohde”
Lakimies 2009/3, s. 470 - 481.

Tomer-Fishman 2010

Tomer-Fishman, Tamar: “*”Cultural defense,” “cultural offense,” or no culture at all?: An empirical examination of Israeli judicial decisions in cultural conflict criminal cases and of the factors affecting them*” Journal of Criminal Law and Criminology, Spring 2010, s.475 - 523.

Volpp 2000

Volpp, Leti: “*Blaming Culture for Bad Behavior*” Yale Journal of Law & the Humanities Vol. 12 (20.7.2000) s.89 - 116.

Waldron 2002

Waldron, Jeremy: “*One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation*” Washington & Lee Law Review Vol. 59 (Winter 2002), s.3 - 34.

Woodman 2009

Woodman, Gordon: “*The Culture Defence in English Common Law: the Potential for Development*” Edellä mainitussa teoksessa “*Multicultural Jurisprudence...*”, s.7 - 34.

Oikeustapaukset

I-SHO 29.2.2000 (R 98/808)

KKO 1995:117

KKO 2008:93

KKO 2005:93

KHO 1999:14

KHO 2008:20

KHO 2011:13

Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomitean päätös asiassa Äärelä ja Näkkäläjärvi v.Suomen valtio (Communication No. 779/1997).

Kansainväliset sopimukset

Euroopan ihmisoikeussopimus

Suomen säädöskokoelman sopimussarja 63/1999.

Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimus

Suomen säädöskokoelman sopimussarja 1/1998 ja 2/1998.

Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus

Suomen säädöskokoelman sopimussarja 8/1976.

Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus

Suomen säädöskokoelman sopimussarja 60/1991.

Virallislähteet

AOA Paunion päätös 30.11.1999

Apulaisoikeusasiamies Riitta-Leena Paunion kanteluratkaisu (dnrot 1664/4/1997 ja 462/4/99) 30.11.1999.

HE 125/1975 II vp Hallituksen esitys eduskunnalle Rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta.

HE 244/1989 vp Hallituksen esitys eduskunnalle poronhoitolaiksi.

HE 309/1993 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 6/1997 Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 44/2002 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Oikeusministeriön lainvalmistelu osaston julkaisu ”Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset, rikoslakiprojektin ehdotus” (OLJ 5/2000).

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perusoikeussäännösten muuttamisesta (PeVM 25/1994 vp).

Raportti vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täyt. panosta 2010
Suomen kolmas raportti kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täytäntöönpanosta, helmikuu 2010.

STM monisteita 2004:3

Sosiaali- ja terveysministeriön monisteita 2004:3. Stenman, Kristiina: ”Poikien

ympärileikkaus, selvitys kansainvälisistä ja kotimaisista käytännöistä”. Sosiaali ja terveysministeriö 2004.

<http://www.stm.fi/julkaisut/nayta/-/_julkaisu/1063803>

STM ympärileikkaustyöryhmän muistio 2003:39

Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistioita 2003:39 ”Poikien ympärileikkauksia koskevaa lainsäädäntötarvetta selvittäneen työryhmän muistio” Sosiaali- ja terveysministeriö 2004.

<http://www.stm.fi/c/document_library/get_file?folderId=28707&name=DLFE-4103.pdf>

Valtionsyyttäjä Päivi Hirvelä syyttämättäjäättämispäätös 30.6.2004. Päätöstä (dnro R02/15) on selostettu julkaisussa ”Valtakunnan syyttäjänviraston vuosikertomus 2004”, s.38.

Muut lähteet

Brewis puhe 2010

Hämeen-Anttila puhe 2010

Scheinin puhe 2010

Oikeuslaitospäivillä 19.3.2010 teemalla ”Kulttuurit kohtaavat lainkäytössä” puhuneiden Kielo Brewisin, Jaakko Hämeen-Anttilan ja Martin Scheinin valtakunnansyyttäjänviraston internetsivuilla julkaistut puheet.

<<http://www.vksv.oikeus.fi/Oikeapalsta/Haku/1266333723111>>

Multiculturalism Policies in Contemporary Democracies” <www.queensu.ca/mcp>.

”Ovi raottuu- suomalaisten maahanmuuttoasenteet 2012” Elinkeinoelämän valtuuskunnan EVA:n analyysi 2012. Julkaisupäivä 8.5.2012 <<http://www.eva.fi/julkaisut/eva-analyysi-ovi-raottuu-suomalaisten-maahanmuuttoasenteet-2012/4040>>.

”Perusopetuksen opetussuunnitelman perusteet” Opetushallitus 2004.

1. JOHDANTO

Kansakunnat ympäri maailman ovat muuttumassa etnisesti yhä heterogeenisemmiksi ja kulttuuriset jännitteet ovat lisääntyneet monilla elämän aloilla, eikä vähiten rikosoikeudessa. Rikosoikeus kansainvälistyy kiihtyvällä tahdilla, mikä on suunnannut huomiota erityisesti rajat ylittävään kansainväliseen rikosoikeuteen. Vähemmälle huomiolle sen sijaan on jäänyt valtioiden sisäinen kansainvälistymiskehitys eli monikulttuuristuminen. Käsittelen tutkielmassa monikulttuurisuuden haasteita rikosoikeuden näkökulmasta.

Maahanmuuttajien määrän kasvaessa vähemmistöt vaativat yhä voimakkaammin ”tunnustusta” ja oikeuksia ja monikulttuurinen retoriikka on tullut vahvasti julkiseen keskusteluun ja sitä kautta rikosoikeuteen. Kulttuuristen normien mukainen toiminta voi olla ristiriidassa kansallisen lain kanssa. Tällöin rikosasian vastaaja voi vedota tuomioistuihin, jotta kulttuurin tekoa puolustava vaikutus otettaisiin huomioon. Voidaan puhua niin kutsutusta kulttuurisesta puolustuksesta (*cultural defence*). Kulttuurista puolustusta ei ole tiettävästi muodollisesti tunnustettu missään oikeusjärjestelmässä, vaan kyse on näkökulmasta joka tarkastelee kulttuurin huomioimista rangaistusvastuuta alentavana perusteena.

Keskustelu kulttuuritaustan huomioimisesta rikosoikeudellisen syyllisyyden kannalta on tunteita herättävää ja hyvin poliittista. Valtakulttuuria edustava enemmistö pelkää oikeusjärjestyksensä perusteiden vaarantuvan kun taas vähemmistöt pelkäävät kulttuuristen arvojensa ja normiensa polkemista. Kulttuurinen puolustus horjuttaa rikosoikeuden perustavanlaatuisia käsityksiä ja lähtökohtia vapaasta tahdosta ja yhdenvertaisuudesta lain edessä. Laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden kannalta kulttuuritekijöille annettava merkitys on ongelmallinen, sillä se merkitsee rangaistavan käytöksen rajojen hämärtymistä.

Rikosoikeuden professori Raimo Lahti on kiteyttänyt monikulttuurisen rikosoikeuden ongelman seuraavasti: *Kuinka pitkälle uskontoon tai (osa)kulttuurien perinteisiin nojautuen voidaan joustaa rikosoikeuden vastuu- ja sanktioperusteiden soveltamisessa ja hyväksyä tai ainakin sietää vallitsevasta rikosoikeusjärjestyksestä poikkeavia käytäntöjä kulttuurisen moniarvoisuuden hengessä?*¹

¹ Lahti 2010, s.64.

1.1 Tutkielman tavoitteet ja tutkimusongelma

Tässä tutkielmassa pyrin selvittämään miten kulttuurisia tekijöitä voidaan ottaa huomioon oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja voiko tekijän kulttuurista vaikuttaa teon rangaistavuuteen. Jälkimmäiseen kysymykseen useimmat meistä vastaavat nopeasti, että ei tietenkään, lakihan on sama kaikille. Tutkielmassa kuitenkin osoitetaan miten moninaisilla tavoilla tekijän kulttuurista on merkityksellinen rikosvastuun kannalta. Tarkoitukseni on myös selvittää hieman laajemmin monikulttuurisen rikosoikeuden ilmiöitä ja niiden tutkimisen keinoja. Aihepiiri on oikeustieteilijöille melko tuntematon ja sitä taustoitetaan pohtimalla keskeisiä teoreettisia näkökulmia ja lähestymistapoja aiheeseen. Pääpaino on kulttuuristen tekijöiden merkityksessä vastuuvapausperusteiden tulkinnan kannalta.

Tutkielmassa tarkastelen kulttuurisen puolustuksen tilanteita etenkin laillisuusperiaatteen ja ihmisoikeuksien valossa Käytän tässä kirjoituksessa termiä ”kulttuurinen puolustus” tarkoittaen sillä kaikkia niitä perusteita ja argumentointia, joilla tekoa tai käytöstä voidaan pyrkiä puolustamaan kulttuurisilla (mm. uskonnollisilla) syillä rikosvastuun välttämisen tai rangaistuksen lieventämisen tarkoituksessa. Monikulttuurisuudella tarkoitan yhteiskunnan etnistä ja kulttuurista monimuotoisuutta eli eri kulttuurien ja uskontojen traditioiden kirjoa. Suomi on kansainvälisesti verraten väestöltään hyvin homogeeninen, mutta monikulttuurisuus voimistuu jatkuvasti maahanmuuttajien määrän kasvaessa. On sanottu, että sekä rikosoikeuteen että perusoikeusjärjestelmään sisältyy lähtökohta, jonka mukaan arvopluralismi on ominaista nyky-yhteiskunnalle ja sen oikeusjärjestykselle². Meillä puhutaan lukuisia eri kieliä, tunnustetaan monia eri uskontoja, harjoitetaan erilaisia traditioita ja tapoja, sitoudutaan ja samaistutaan lukemattomiin eri yhteisöihin, joista kaikista seuraa kulttuurisia normeja elämäämme sääntelemään.

Tutkimusongelmaa eli kulttuuristen tekijöiden merkitystä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa erityisesti kulttuurisen puolustuksen tilanteissa kuvaavat tarkemmin tutkimuskysymykset:

- Minkälaisia kulttuurin ja lainsäädännön konflikteja Suomessa ja maailmalla esiintyy?

² Melander 2011, s.17.

- Mitä kulttuurisella puolustuksella tarkoitetaan, miten se ilmenee ja miten sitä voidaan oikeudellisesti arvioida?
- Miten kulttuuriperusteet voidaan huomioida Suomen vastuuvapausperusteita koskevan sääntelyn kannalta?
- Mitä sääntelyä kulttuurisista oikeuksista Suomessa on ja mikä on näiden oikeuksien suhde muihin perus- ja ihmisoikeuksiin etenkin rikosoikeuden kontekstissa?
- Millä metodeilla asiaa voidaan tutkia?

Käsittelen tutkimusongelmaa ensinnäkin esittelemällä aiheesta käytyä kansainvälistä, ulkomaista ja kotimaista keskustelua ja kirjallisuutta. Konkretisoin kulttuurista puolustusta ulkomaisessa kirjallisuudessa mainittujen esimerkkitapausten esittelyllä. Tutkin ongelmaa myös selvittämällä ja tulkitsemalla aihetta koskevaa kotimaista lainsäädäntöä ja oikeustapauksia. Tarkoitukseni on myös tarkastella niitä lähestymistapoja, tulkinnan keinoja, menetelmiä ja käsitteitä, joiden avulla monikulttuurisen rikosoikeuden kysymyksiä tutkitaan ja luoda pohjaa aihetta käsitteleville jatkotutkimuksille.

Johdannon jälkeen tutkielma jakautuu kahteen osaan. Ensimmäisessä osassa käsittelen aihetta melko teoreettisesti esitellen eräitä keskeisiä näkökulmia ja kulttuurista puolustusta tutkimuskohteena. Toinen osa on lainopillisempi ja käsittelen siinä kulttuurisia oikeuksia, vastuuvapausperusteiden tulkintaa ja perus- ja ihmisoikeuspunnintaa kulttuurisen puolustuksen tapausten valossa.

1.2 Rikosoikeuden kulttuurinen lataus

Rikosoikeudella säännellään yhteiskunnallisia käytäntöjä, eikä tämä sääntely tapahdu kulttuurittomassa tilassa vaan heijastaa aina ympäröivän kulttuurin arvoja ja asenteita. Rikoslainsäätäjät ei kuitenkaan voi aina ennakoida asian kulttuurista merkitystä, vaan nämä kysymykset nousevat esille yksittäisten tapausten yhteydessä. Kulttuuristen tekijöiden huomiotta jäämisen on arveltu johtuvan formalismin perinteestä ja kulttuurin niin pitkälle menevästä sisäistämisestä, ettei kulttuurisuuden merkitystä huomata. Rikosoikeudessa on siis paljon enemmän kulttuurista latausta kuin olemme tottuneet huomaamaan.³

³ Nuotio 2010, s.139.

Kulttuurit kohtaavat rikosoikeuden piirissä usein jo kärjistyneessä tilanteessa. Monikulttuurista rikosoikeutta koskeva keskustelu on painottunut juuri kulttuurisen puolustuksen ympärille, johon myös tämä tutkielma keskittyy. Oikeustapausten analyysissä on keskitytty tapauksiin, joissa kulttuuristen tekijöiden huomioiminen on johtanut rangaistuksen tuomitsematta jättämiseen tai lieventämiseen. Vähemmälle huomiolle ovat jääneet ne tapaukset, joissa vastaajan kulttuurista vaikuttaa vastuuta tai rangaistusta ankaroitavasti⁴ tai puolustusperusteiden käyttöä rajoittavasti.⁵ Eräs aihe taas koskee oikeusprosessin osapuolten kulttuuritaustan merkitystä heidän esiintymisensä ja käytöksensä arvioinnin sekä viestinnän kannalta. Kulttuurien välisen viestinnän ongelmat näkyvät oikeuden parissa työskentelevien arjessa. Esimerkiksi henkilön tunnetilan arviointi, ja katsekontaktin sekä hiljaisuuden ja vaikenemisen merkitykset ovat hyvin kulttuurisidonnaisia asioita. Eri kulttuurista tulevan ihmisen käytökselle ja ilmaisuille ei voida välttämättä antaa samoja merkityssisältöjä kuin mitä niille annetaan valtakulttuurissamme.⁶

Oikeuden kulttuurikonflikteista artikkelin kirjoittanut rikosoikeuden professori Kimmo Nuotio on todennut, että kulttuuriteema auttaa meitä huomaamaan, että perinteisesti rikosoikeudessa pidetyt lähtökohdat teko- ja tekijärikosoikeuksista vaihtoehtoina eivät ole kokonaan erillisiä ja vastakkaisia. Teolla on aina tekijänsä. Rikosoikeudessa käsitellään ihmisen tekoja, ja kulttuuri taas liittyy ihmisen identiteettiin eli siihen mitä hän on. Ihminen ei voi olla vastuussa siitä, mitä hän on, vaan nimenomaan siitä, mitä hän tekee. Henkilön identiteetti ja kulttuurista on kuitenkin monella tavalla merkityksellinen rikosoikeuden, niin uhrin kuin tekijänkin, kannalta. Länsimaissa vallitsevan liberalistisen ja individualistisen maailmankuvan mukaan ihminen on muista riippumaton, itsenäinen yksilö. Kulttuurikysymykset muistuttavat kuitenkin, että tämä käsitys on puutteellinen, sillä kulttuuri merkitsee niitä puitteita, joissa eletään ja tekoja tehdään. Nuotio sanoin: ”todellisuus tunkee rikosoikeusjuristin ideaalimaailmaan.” Rikosoikeuden on sitouduttava sitä ympäröivään yhteiskuntatodellisuuteen.⁷

Kulttuurin ja lain normit törmäävät erityisesti jokapäiväistä elämäämme koskevassa sääntelyssä koskien mm. terveyttä, perhe-elämää, turvallisuutta, nautintoaineita, hygieniaa, ruokavaliota ja koulutusta.⁸ Kollisiotilanteita syntyy paljon yleisen lainsäädännön ja uskon-

⁴ Ks. esim. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin 25.3.2010 *Paraskeva Todorova v Bulgaria* (37193/07).

⁵ Tästä näkökulmasta ks. Tomer-Fishman 2010.

⁶ Ks. Brewis puhe 2010 ja esimerkki oikeuskäytännöstä Renteln 2009, s.67.

⁷ Nuotio 2010, s.138.

⁸ Waldron 2002, s.15.

oppien välisistä ristiriidoista. Esimerkiksi juutalaisilla ja islaminuskoisilla on uskonnollisia vaatimuksia ravinnoksi tarkoitettujen eläinten teurastuksen suhteen (*kosher* ja *halal*) ja nämä vaatimukset voivat olla ristiriidassa eläinsuojelun sääntelyn kanssa. Suomen eläinsuojeluasetukseen on siksi otettu erikseen uskonnollista teurastusta koskevia määräyksiä.⁹ Oikeusjärjestyksen yhtenäisyys kuitenkin edellyttää, ettei eri ryhmille sallita liiallista autonomiaa joka voisi johtaa oikeusjärjestyksen perusratkaisuista irtautumiseen. Kulttuurisen puolustuksen merkityksen korostaminen rikosoikeudessa voi mennä liian pitkälle laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden kustannuksella jäljempänä tarkastellulla tavalla.

Tuomioistuimissa ympäri maailman on esitetty kulttuuria koskevia argumentteja jo satoja vuosia, mutta monikulttuurisuus rikosoikeuden kontekstissa ei ole vielä saanut ansaitsemaansa huomiota juristeilta. Tilanne on kuitenkin muuttumassa ja keskustelua erityisesti kulttuurisen puolustuksen (*cultural defence*) oikeudellisesta merkityksestä on käyty paljon etenkin Pohjois-Amerikassa. Keskusteluun ovat kuitenkin osallistuneet pääosin yhteiskuntatieteilijät, sosiologit ja antropologit, ja aiheen käsittely oikeustieteilijöiden piirissä on jäänyt harmillisen vähäiseksi.

Uskonnon ja kulttuurin kysymykset tunkevat poliittiseen keskusteluun ja vaativat huomiota myös lainsäätäjältä. Vaikka yksittäisen asian merkitys voi vaikuttaa pieneltä, on sillä tietyille vähemmistöille suuri merkitys ja sääntelyn heijastusvaikutukset ovat huomattavat.¹⁰ Arvot ja asenteet sekä ohjaavat yksittäisiä ratkaisuja että vaikuttavat lopulta myös teorianmuodostukseen.

⁹ Ks. Eläinsuojeluasetus 1996/396 12 luku ”Uskonnollisista syistä noudatettava teurastustapa”.

¹⁰ Nuotio 2010, s.140.

OSA I: MONIKULTTUURISTA RIKOSOIKEUTTA

Tutkielman ensimmäisessä osassa käsittelen monikulttuurisen rikosoikeuden ilmiöitä ja erityisesti kulttuurista puolustusta esittelemällä ja pohtimalla ensin eräitä siihen liittyviä keskeisiä teoreettisia näkökulmia ja tutkimussuuntauksia, joista on löydettävissä tulkinta-apua tutkimukseen. Keskeisten näkökulmien esittelyn jälkeen käsittelen kulttuurista puolustusta tutkimuskohteena esitellen ensin aiheen monitasoisuutta ja tieteellistä merkitystä, keskeisten käsitteiden sisältöä sekä tutkimuksen lähteitä. Sitten selvitän kulttuurisen puolustuksen vaikutuksia ja sen käytölle kirjallisuudessa luotuja kriteerejä, jotka voidaan nähdä osoituksena pyrkimyksistä ilmiön systematisointiin ja yrityksistä muodostaa teoriaa kulttuurisen puolustuksen ympärille. Ensimmäisen osan lopussa pohdin kulttuurista todistelua ja kulttuurisen puolustuksen väärinkäyttötilanteita.

2. ERÄITÄ KESKEISIÄ NÄKÖKULMIA

Tässä luvussa esittelen erilaisia rikosoikeuden kulttuurikonflikteihin keskeisesti liittyviä näkökulmia ja periaatteita. Tarkastelen ilmiötä oikeuden yksilöllistymiskehityksen osoituksena, oikeuspoliittisena ongelmana, laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden sekä sosiaaliadekvanssia koskevan opin kautta. Käsittelen aihetta myös diskurssianalyysin ja oikeuden ja sukupuolen tutkimuksen kannalta. Kokonaisuuden hahmottamiseksi on tärkeää ymmärtää, mitä kaikkea kulttuurisen puolustuksen taustalla on ja mitä lähestymistapoja tutkimukseen on löydettävissä. Näkökulmat liittyvät ennen kaikkea rikoslain yleiseen osaa ja sen tulkintaan.

2.1 Individualisoitua rikosoikeutta

Kansainvälinen rikosoikeuden vastuuopin kehitys on viime vuosikymmenin siirtynyt pois objektiivisesta vastuusta enemmän tapaus- ja tekijän henkilökohtaisia piirteitä

korostavaksi.¹¹ Voidaan puhua yksilöllistymiskehityksestä ja niin kutsutusta individualisoidusta oikeudesta. Kehitys on luonut pohjaa kulttuuristen tekijöiden entistä suuremmalle painoarvolle. Jos teon taustalla olevat henkilökohtaiset asiat kuten kulttuuritausta otettaisiin aina huomioon rikosvastuun kannalta voitaisiin kritisoida individualisoidun rikosoikeuden menneen liian pitkälle. Joka tapauksessa ihmisoikeuksia, yksilöllisyyttä ja yhdenvertaisuutta korostava aika on kypsä huomioimaan kulttuuritaustan rikosprosessissa. On jopa arvioitu, että kysymys tekijän kulttuuritaustasta sisäistetään tulevaisuudessa luonnolliseksi osaksi tekijän persoonaa, kuten on hiljalleen tapahtumassa tekijän sukupuolelle¹². Kulttuurisen puolustuksen voidaan myös nähdä ilmentävän yleisemmin libertalistista ajatusmaailmaa, jonka mukaan valtion ei tulisi ylipäätään juurikaan puuttua ihmisten elämän sääntelyyn. Toisaalta kulttuuriseen puolustukseen vedotaan usein, ei tavoitellakseen täydellistä toiminnan vapautta libertalismin hengessä, vaan pikemminkin toimimista tarkoin kulttuurisin normein säännellyllä tavalla.¹³

Individualisoiden rikosoikeuden näkökulmasta ongelmana kulttuurista puolustuksen arvioinnissa on keskustelun ja oikeudellisten argumenttien liikkuminen hyvin yleisellä ja poliittisella tasolla käsitellen aihetta pääosin vain ryhmien tasolla. Esimerkiksi jäljempänä käsiteltävässä PL 17 §:ssä kulttuuriset oikeudet taataan ryhmille, ei suoraan yksilöille. Tämä on jättänyt vähemmälle huomiolle pohdinnat siitä, miten kulttuurinen puolustus vaikuttaa yksittäisessä tapauksessa yksilön syyksiluettavuuteen.¹⁴ Kulttuuriset, ryhmän tasolla ilmentyvät oikeudet, kuten oikeus omaan kieleen, rakentuvat niin, että oikeus seuraa jo automaattisesti ryhmän jäsenyydestä. Lernestedt on korostanut vaaraa siitä, että kulttuurisesta puolustuksesta vedetään samankaltaisia johtopäätöksiä. Kyse on henkilökohtaisesta syyllisyydestä, jolloin mitään suoria seurauksia esimerkiksi tietyn ryhmän jäsenyydestä ei tulisi johtaa.¹⁵

¹¹ Lernestedt 2007, s.256.

¹² Lernestedt 2007, s.256 - 257.

¹³ Waldron 2002, s.15.

¹⁴ Esim. Lernestedt 2007, s.253.

¹⁵ Lernestedt 2007, s.255.

2.2 Oikeuspoliittinen ongelma

Vaikeaksi monikulttuurisuutta koskevien ongelmien käsittelyn tekee aiheen voimakkaan poliittinen luonne. Henkilön tekojen arvioinnin ja tuomitsemisen huomioiden hänen oman kulttuurinsa ja sen mittapuut voidaan nähdä käytännössä merkitsevän kyseisen kulttuurin arvojen varjelemista monikulttuurisen yhteiskunnan hengessä. Kysymys siitä, mikä arvo ja asema monikulttuurisuudelle yhteiskunnassa annetaan, on pitkälti poliittinen ja siitä vallitsee toisistaan vahvasti eriäviä mielipiteitä.

Usein ajatellaan, että politiikka on yhteisten asioiden hoitamista, mutta asia voidaan myös nähdä toisin. Asioiden ”yhteisyys” voidaan kyseenalaistaa koska sen voidaan nähdä perustuvan siihen, että yhteiskunta on aina yhteisö eli joukko ihmisiä, joita muun muassa etninen tausta ja arvomaailma yhdistävät. Monikulttuurisuuteen perehtynyt erikoistutkija Pasi Saukkonen huomauttaa, että olisi parempi nähdä yhteiskunnan monimuotoisuus luonnollisena tilana ja politiikka ei olisikaan ensisijaisesti yhteisten asioiden hoitamista vaan erilaisuuden organisointia. Perinteisesti länsimaisessa yhteiskuntateoriassa on kuitenkin ajateltu, että monimuotoinen pluralistinen yhteiskunta on tila, josta pitäisi päästä mahdollisimman pian pois joko eliminoimalla erilaisuutta tuottavat tekijät tai ainakin asettamalla ne tiukkaan kontrolliin.¹⁶ Arvopluralismi on ominaista nyky-yhteiskunnalle. Kuitenkin nimenomaan kansakunnan yhtenäisyyttä pidetään usein suomalaisuutta luonnehtivana piirteenä ja suomalaisen normijärjestelmän on myös katsottu nojaavan vahvasti jaettuihin arvoihin ja kansalliseen kulttuuriin.¹⁷

Monikulttuurisuuden vaikutus rikosoikeuteen on poliittisesti arka aihe, mikä vaikeuttaa ilmiön tutkimista ja myös yksittäisen tapauksen ratkaisua. Kulttuurisen puolustuksen doktriini voidaan nähdä, Saukkosen käyttämää termiä lainaten, osoituksena ”erilaisuuden organisoinnin” strategiasta. Yhteiskunnassa vallitsee erilaisia arvoja, kulttuureja, tapoja ja asenteita. Yhä lisääntyvä toimiminen niiden mukaisesti, on väistämätön ilmiö. Erilaisuuden organisointi ei ole avoimille yhteiskunnille valintakysymys, vaan välttämättömyys¹⁸ mikä täytyy huomioida myös rikosoikeudessa.

¹⁶ Saukkonen 2012, s.226 - 227. Aiheesta enemmän ks. kanadalaisen poliittisen filosofian professori Will Kymlickan laaja tuotanto monikulttuurisuudesta.

¹⁷ Saukkonen 2012, s.238.

¹⁸ Saukkonen 2012, s.240.

Nationalismin äärimuodot ja avoimen kriittinen suhtautuminen maahanmuuttajia ja monikulttuurisuutta kohtaan ovat lisääntyneet talouskriisin syvenemisen myötä 2000-luvun Euroopassa. Maahanmuuttoasenteiden tiukentumisen on myös sanottu olevan yksi Suomen yhteiskunnallisen asenneilmaston näkyvimmistä trendeistä viime vuosina. Tuoreessa Elinkeinoelämän valtuuskunnan selvityksessä alkuvuodelta 2012 on kuitenkin havaittu suomalaisten maahanmuuttoasenteita koskevan kriittisyyden kasvun pysähtyneen. Silti selvityksessä 61 % vastaajista oli (jokseenkin tai täysin) samaa mieltä väitteen ”Suomalaisten tulisi tehokkaasti varjella kulttuurinsa omaleimaisuutta yhä lisääntyvää kansainvälistymistä vastaan” kanssa.¹⁹ Suomalainen asenneilmapiiri elää murroksen aikaa, jota leimaa yleinen hämmennys monikulttuurisuutta kohtaan. Perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat eivät saa jäädä jalkoihin kulttuurisen moniarvoisuuden hengessä, mutta on myös varottava, että kulttuurisia oikeuksia ei poljeta kriittisten maahanmuuttoasenteiden hengessä. Monikulttuurisuuden haasteiden ratkaisu vaatii avointa ja vastavuoroista vuoropuhelua eri kulttuuristen ryhmien kesken²⁰.

On sanottu, että oikeus säilyttää ja harjoittaa ainakin osia kulttuuristaan on varsin kiistämätön useilla elämän ja oikeuden aloilla, mutta erityisen torjuttu juuri rikosoikeudessa.²¹ Monet aiheesta kirjoittaneet peräänkuuluttavat avointa keskustelua kulttuurisen puolustuksen ympärille.²² Meidän täytyy hyväksyä, että lainsäädännössämme on sekä rikosnormeja että niitä koskevia poikkeuksia, tietynlaisia erivapauksia ja puolustusperusteita, jotka liittyvät enemmän tai vähemmän kulttuuriin. On toisaalta tärkeää, että yksilökohtainen rikosvastuun toteuttaminen ja syyksiluettavuus pidetään erillään siitä poliittisesta aineksesta ja yhteiskunnallisista tavoitteista, jotka liittyvät kriminalisointiprosesseihin.²³

2.3 Laillisuusperiaate ja yhdenvertaisuus

PL 2.3 §:n mukaan ”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin.” Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate

¹⁹ ”Ovi raottuu- suomalaisten maahanmuuttoasenteet 2012”

²⁰ Esimerkiksi Suvi Keskinen haluaa kiinnittää huomiota siihen, keiden ääni julkisessa keskustelussa kulttuuriin liittyvästä väkivallasta puhuttaessa kuuluu. Hän toteaa, että maissa, joissa maahanmuuttajanaisten järjestöillä on aktiivinen yhteiskunnallinen rooli, kuten Iso-Britanniassa, keskustelu ei ole niin polarisoitunutta. Ks. Keskinen 2009, s.26.

²¹ Lernestedt 2007 s.243.

²² Waldron 2002, s.32.

²³ Lernestedt 2007, s.257.

ilmaistaan PL 8§:ssä: ”Ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty”.

Laillisuusperiaate vaikuttaa oikeuslähdeoppiin kirjoitetun (eduskunta)lain ensisijaisuutena ja välttämättömyytenä. Tältä kannalta kulttuurisen puolustuksen konstruointi laissa kirjoittamattomien vastuuvapausperusteiden kautta on ongelmallinen. Vaikka vastuuvapausperusteet vaikuttavat syytetyn eduksi laillisuusperiaate edellyttää lainsäädännöltä täsmällisyyttä. Yksi laillisuusperiaatteen osaperiaate on epätäsmällisyyden kieltö. Laissa pitää täsmällisesti osoittaa mitkä teot säädetään rangaistavaksi. Laillisuusperiaate edellyttää, että rikokset määritetään laissa tarkasti ja että tunnusmerkistöjä tulkitaan ahtaasti. Rikoslainsäätäjää sitoo laillisuusperiaatteen epätäsmällisyydskieltö ja tuomaria vuorostaan analogiakieltö.²⁴

Laillisuusperiaate pitää sisällään ajatuksen, että laki on sama kaikille. PL 6 §:n mukaan ”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.”²⁵ Lait koskevat yhtälailla kaikkia ja niitä on sovellettava samoin perustein eri tilanteissa. Voidaan kuitenkin erottaa muodollinen ja tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Yhdenvertaisuuskehitys on kulkenut muodollista tasa-arvoa korostavasta näkemyksestä tosiasiallista tasa-arvoa korostavaan suuntaan, jossa kiinnitetään erityistä huomiota yhdenvertaisuutta koskeviin rakenteisiin ja tosiasiallisiin käytäntöihin. Muodollista yhdenvertaisuutta korostavassa näkemyksessä oikeus katsoo rikoksen tekijää ikään kuin silmät peitettynä (laki on sama kaikille), mutta on osuvasti sanottu, että tosiasiallinen yhdenvertaisuus toteutuu vain jos oikeus avaa silmänsä ja näkee maailman sellaisena kuin se on. Silmien peittäminen tosiasioilta ei johda yhdenvertaiseen kohteluun. Henkilön taustalla, kuten sukupuoli ja kulttuurilla, on tosielämässä merkitystä, ja niin pitäisi olla myös oikeuden kannalta.

Kulttuuri vaikuttaa määräävästi tekojemme luonteeseen. Täysin identtisen teon merkitys voi samassa ympäristössä, mutta toisen kulttuurin näkökulmasta, olla täysin erilainen.²⁶ Siksi on vaikeaa luoda tilanne, jossa laki kohtelee yhdenvertaisesti ihmisiä heidän kulttuuristaan riippumatta. Ei riitä, että laki kohtelee samat fyysiset ominaisuudet omaavaa tekoa samalla tavalla vaan teon kulttuuriset vaikuttimet tulee huomioida. Kulttuurisella puolus-

²⁴ HE 44/2002 yksityiskohtaiset perustelut RL 4:2.

²⁵ Yhdenvertaisuutta tehostaa syrjinnän kieltöä koskeva sääntely, jota ei kuitenkaan tarkastella tässä tutkielmassa.

²⁶ rikoksen määrittelyn kulttuurisesta suhteellisuudesta ks. esim. Siveira 2011.

tuksella pyritään takaamaan ihmisten tosiasiallinen yhdenvertaisuus lain edessä ja se, että kaikilla on kulttuuriin katsomatta samat edellytykset puolustautua rikossyytteitä vastaan. Taustalla on ajatus siitä, että laki ei tosiasiassa ole neutraalia vaan heijastaa vallitsevan luokan, sukupuolen ja kulttuurin arvoja ja asenteita, ja suosii näin ollen valtaapitäviä vähemmistöjen kustannuksella²⁷.

Laillisuusperiaatteen vaatimuksesta lakiin voi tietysti tehdä erityisiä poikkeuksia tietyn ryhmän harjoittamaa kulttuurista tapaa koskien, mutta poikkeukset voivat joskus luoda enemmän ongelmia, kuin mitä ne pysyvät ratkaisemaan ja laillisuusperiaate kärsii liioista poikkeuksista. Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota muun muassa siihen, että ongelmia voi koitua erityisesti kun tietylle ryhmälle tosiasiassa suunnattu poikkeus puetaan lakiin liian yleiseen muotoon.²⁸ Myös silloin kun on kyse niin kutsutusta nollatoleranssi-politiikasta poikkeusten sallimisen kynnys on erityisen korkealla.²⁹

Kulttuurisen puolustuksen vastustajat usein argumentoivat, että sallimalla kulttuurisen puolustuksen kulttuuristen vähemmistöjen edustajat saavat jotain ”extraa”, johon vedota puolustuksessaan ja jotain, johon valtaväestöllä ei ole mahdollisuutta. On kuitenkin korostettu, että kulttuurisen puolustuksen keinoin pyritään yleensä nimenomaan yhdenvertaisuuteen eikä positiiviseen erityiskohteluun. Mikäli tietty todiste evättäisiin vain sillä perusteella, että se koskee tekijän kulttuuritaustaa, johtaisi tämä vakavaan yhdenvertaisuuden loukkaukseen. Lernestedt korostaa, että jos esimerkiksi tekijältä puuttuu tarkoitus tehdä rikos ja tämä johtuu jotenkin hänen kulttuuristaan, on rikosvastuun kannalta aivan sama koskeeko tarkoituksen puuttuminen kulttuuria vai jotain muuta seikkaa.³⁰ Kulttuurin nostaminen tapetille esiin kontekstissa on siis irrelevanttia.

2.3.1 Mittapuiden ongelma

Kulttuurista puolustusta koskevan ongelman keskiössä on yleisten standardien ja mittapuiden ja ”järkevä ihminen mallin” tulkinta. Rikosoikeudellisen vastuunalaisuuden konstruoinnissa on totuttu käyttämään niin kutsuttua *reasonable person*-oppia, joka osoittaa niitä objektiivisia standardeja, joita yhteiskunta yksilöiltä odottaa³¹. Käsite

²⁷ Tätä näkemystä korostetaan etenkin *Critical Legal Studies*-liikkeessä.

²⁸ Waldron 2002, s.5.

²⁹ Waldron 2002, s.8.

³⁰ Lernestedt 2007, s.254.

³¹ Amirthalingam 2009, s.46.

”reasonable person” juontaa juurensa Englantiin 1900-luvun alkuun, jossa sitä havainnollistettiin kuvaamalla henkilö sanoin ”the man on the Clapman omnibus”. Clapman oli työväen kansoittama paikkakunta ja ”järkevän ihmisen” käsitteellä viitattiin näin ollen valkoiseen työväenluokkaan kuuluvaan, kristittyyn englantilaiseen mieheen.³² Rikosoikeudellista vastuuta määriteltäessä tekijän toimintaa verrataan siihen, miten järkevä normaali ihminen olisi tilanteessa toiminut ja mikäli eroa ei havaita, ei tekijä ansaitse moitetta teostaan. Standardin tulkinta on hyvin kulttuurisidonnainen. Rikoksentekijän toimia on mahdotonta tarkastella objektiivisesti. Tarkastelun siitä, miten henkilön olisi kohtuudella voinut olettaa toimivan, tulisikin olla subjektiivisempaa oikeudenmukaisen lopputuloksen saavuttamiseksi yksittäisessä tapauksessa. Oikeuskirjallisuudessa on suositeltu, että meidän pitäisikin kysyä olisiko juuri tämän henkilön, huomioiden hänen (kulttuuri-) taustansa, pitänyt toimia tilanteessa toisin? Asiahan koskee nimenomaan *henkilökohtaista* rikosvastuuta.³³ Erimerkiksi Suomen vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevaa erehdystä sääntelee RL 4:3 jonka mukaan tilannetta on arvioitava ”sellaisena kuin *tekijä sen perustellusti käsitti*”. Ihmisten yhdenvertaisuus on perustavaa laatua oleva lähtökohta oikeusjärjestelmässämme, mikä vahvistaa myös siihen nojaavan kulttuurisen puolustuksen oikeudellista merkitystä.

2.3.2 ”Kargar”- tapaus

Laillisuusperiaatetta koskee kulttuurisen puolustuksen yhteydessä klassisen esimerkin aseman saanut oikeustapaus *State v. Kargar* Yhdysvalloista vuodelta 1996.³⁴ Kyse oli afganistanilaisesta miehestä, jonka lastenhoitaja näki suutelevan puolitoistavuotiaan poikansa penistä. Havainto johti lopulta syytteen törkeästä seksuaalirikoksesta. Oikeudenkäynnissä useat afganistanilaiset todistivat, että oman pienen (alle kolme vuotiaan) lapsen peniksen suukottaminen on yleinen hellyyden ja rakkauden osoituksen tapa Afganistanissa, eikä siihen liity seksuaalisia tunteita. Jos liittyisi, teosta seuraisi islamilaisen oikeuden mukaan kuolemanrangaistus. Mainen osavaltion lakien mukaan kyseisen seksuaalirikoksen teonkuvaukseen sisältyi ainoastaan teon fyysinen kuvaus (kuten niiden ruumiinosien mainitseminen, joiden kontakti määrittää teon seksuaaliseksi) eikä teon vaikuttimilla ollut merkitystä.

³² Amirthalingam 2009, s.48.

³³ Amirthalingam 2009, s.48, Lernerstedt 2007, s.259.

³⁴ State vs. Kargar, 679 A.2d 81 (Me. 1996).

Alemmat oikeusasteet katsoivat Kargarin syyllistyneen lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön kun taas Mainen korkein oikeus päätyi vapauttamaan syytetyn kulttuuriseen puolustukseen perustuen. Laillisuusperiaatteen näkökulmasta kulttuurisesta puolustuksesta kirjoittanut Waldron huomauttaa, että itse asiassa lain takana on juuri amerikkalaisen kulttuuriin liittyvä ajatus tiettyjen ruumiinosien välisen kontaktin seksuaalisesta luonteesta. Tästä syystä lain tulisi olla avoin nimenomaan kulttuurisille näkökulmille teon rikosluonnetta arvioitaessa. Tässä tapauksessa laillisuusperiaatteen vaatimus johtaisi teon yksilökohtaisten piirteiden huomioimiseen, eikä vain lain mekaanisen soveltamiseen kaikille samalla tavalla.³⁵ Lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä pidetään moraalisesti äärimmäisen paheksuttavana tekona ja epäilyjen selvittämisessä on vaarana, että kriittiselle analyysille ei siksi jää juurikaan tilaa.

Seksuaalisuus ja alastomuus ovat hyvin kulttuurisensitiivisiä alueita. Esimerkiksi suomalainen saunakulttuuri on otettu huomioon seksuaalirikoksia uudistettaessa.³⁶ Suomen rikoslain seksuaalisen teon määritelmää (RL20:10.2) muutettiin hiljattain siten, että siitä on poistettu seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoittelua koskeva edellytys.³⁷ Tunnusmerkitön muutos liittyi osin aiemmin mainittuun ”kielisuudelmatapaukseen” KKO 2005:93 ja perustui Euroopan neuvoston yleissopimuksen lasten suojelemiselta seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan kansalliseen voimaan-saattamiseen Suomessa. Seksuaalisen teon määritelmän muuttuminen ei kuitenkaan johtane ongelmiin kulttuurisen puolustuksen tilanteissa, sillä kulttuurisen tapaan liittyvän intiimin teon vaikuttimet voidaan huomioida siinä, että teon tulee määritelmän mukaan olla ”seksuaalisesti olennainen.” Se, miten määritelmän muuttuminen vaikuttaa teon sille ja motiiveille annettavaan painoarvoon jää nähtäväksi oikeuskäytännössä.

2.4 Sosiaaliadekvanssi

Sosiaaliadekvanssia koskevan opin mukaan toiminta, joka on yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttävää, ei ole rangaistavaa vaikka se täyttäisikin jonkin rikoksen tunnusmerkistön. Oppi on kehitetty rikosoikeusteoriassa eikä sosiaaliadekvanssia mainita rikoslaissa. On epäselvää huomioidaanko sosiaaliadekvanssi tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana

³⁵ Waldron 2002, s.7.

³⁶ Melander 2011, s.17, HE 6/1997 vp, s.181/II.

³⁷ Laki rikoslain muuttamisesta 540/2011.

tekijänä (kyseessä ei ole rikos) vai oikeuttamisperusteena (rikos on poikkeuksellisesti hyväksyttävä).³⁸

Monet arkiympäristömme teot ovat jollain tavalla ristiriidassa rikosoikeuden kanssa, mutta silti sallittuja. Esimerkiksi urheilussa tapahtuvaa väkivaltaa arvioidaan urheilun tapojen ja sääntöjen kontekstissa eli kulttuurisessa kehyksessä. Siinä on kyse sosiaaliadekvaatista toimin-nasta, joka on hyväksyttävää, vaikka se muodollisesti näyttää toteuttavan rikoksen. Rikosoikeutta korjataan sosiaaliadekvanssin avulla, jotta se ei osuisi harhaan. Ehtoollis-viinin tarjoaminen alaikäiselle kirkossa on tästä paljon käytetty esimerkki.³⁹ Teon sosiaaliadekvaattisuuden merkitys rikosvastuuseen ei ilmene suoraan rikoslain säännöksistä vaan merkitys on jäänyt oikeuskäytännön varaan. Tekojen sosiaaliadekvaattisuutta pohdittaessa lähdeaineiston tuoreudella on ratkaiseva merkitys yhteiskunnan jatkuvasti kehittyvien ja muuttuvien arvojen ja asenteiden vaikuttaessa tulkintaan.

On todettu, että sosiaaliadekvaatissa toiminnassa, teon ja tekijän erityispiirteitä ei ole tarpeen tarkastella tapauskohtaisesti vaan tekijä voidaan nähdä oman kulttuurinsa edustajana ja teon oikeutus perustuu suoraan tämän kulttuurisen ryhmän jäsenyyteen.⁴⁰ Ehtoollis-viinin tarjoaminen on tästä hyvä esimerkki. Meidän ei tarvitse tutkia onko juuri tämän papin toiminnan, hänen tarjotessaan tässä ehtoollistilanteessa viiniä 15-vuotiaille, taustalla kulttuuriset syyt. Toisaalta esimerkiksi jääkiekon rajut taklaukset eivät voi perustua täysin samanlaiseen näkemykseen, vaan vaativat tapauskohtaista harkintaa koska terveyden ja koskemattomuuden loukkaus voi niissä olla hyvinkin suuri. Oikeuskäytännössä on viime aikoina jouduttu pohtimaan urheiluväkivallan sosiaaliadekvaattisuutta.⁴¹ Frände pitää sosiaaliadekvanssin keskeisenä tunnusmerkkinä teon vähäpätöistä luonnetta,⁴² mikä myös puhuu urheiluväkivallan sosiaaliadekvaattisuutta vastaan.

Kulttuurisen puolustuksen avulla pyritään takaamaan ihmisten yhdenvertainen kohtelu, mutta sosiaaliadekvaatin toiminnan hyväksyttävyydessä on katsottu olevan oikeastaan kyse positiivisesta erityiskohtelusta. On jopa pohdittu, tulisiko tällaiseen erityiskohteluun johtavat käytännöt kieltää. Oikeudelliseen dogmatiikkaan kuuluu kuitenkin sisään raken-

³⁸ Hahto 2004, s.291.

³⁹ Nuotio 2010, s.139, Waldron 2002, s.4.

⁴⁰ Lernestedt 2007, s.261.

⁴¹ Ks. lisää esim. Peukkunen, Juha-Pekka ”Rankaisematon ja rangaistava urheiluloukkaus” Edilex referee-artikkeli. Marraskuu 2011 <<http://www.edilex.fi/lakikirjasto/8320>>

⁴² Frände 2005, s.58.

nettuna monia sosiaaliadekvanssia koskevia käytäntöjä, joiden kieltäminen olisi hankalaa.⁴³

2.5 Käsitteiden merkitys ja diskurssianalyysi

Keskustelussa kulttuurin merkityksestä rikosoikeudessa on kyse myös siitä, miten hahmottamme eri yhteisöjen ja ryhmien kulttuuriset vaikutteet ja kulttuurin merkityksen. Monikulttuurisuudesta ja kulttuurikonflikteista puhuttaessa käytettävillä käsitteillä on tärkeä merkitys ja tulkinta-apua ilmiön hahmottamiseen on löydettävissä diskurssianalyysistä. Diskurssianalyysi perustuu ajatukseen siitä, että kieli ei vain heijasta olemassa olevaa todellisuutta vaan myös aktiivisesti luo ja muokkaa sitä. Analyysissa kiinnitetään huomiota siihen, miten asiat ilmaistaan ja millaisia puhetapoja (diskursseja) keskustelussa käytetään.⁴⁴ Diskurssianalyysin avulla voidaan etsiä tekstin tausta vaikuttavia julkilausumattomia käsityksiä ja oletuksia ja siitä voi olla apua myös oikeudogmaattisessa tutkimuksessa.⁴⁵ Diskurssianalyysia voidaan luonnehtia väljäksi teoreettiseksi viitekehykseksi pikemmin kuin tarkkarajaiseksi tutkimusmenetelmäksi. Diskurssianalyysiin voidaan katsoa sisältyvän taustaoletus merkityksellisen toiminnan kontekstisidonnaisuudesta ja kielen käytön seurauksia tuottavasta luonteesta.⁴⁶

Sosiaalista todellisuutta otetaan haltuun, ymmärretään ja hallitaan luokittelujen avulla. Käsitteistöt ja luokittelut rakentavat suhtautumistapoja etnisiin vähemmistöihin. Diskurssianalyysin keinoin voidaan osoittaa miten käytetyillä käsitteillä voi olla myös konkreettisia seurauksia. Esimerkiksi sukupuolineutraalin perheväkivaltakäsitteen kritiikin myötä naisiin kohdistuvan väkivallan erityispiirteitä on otettu huomioon ja tämä on johtanut myös lainsäädännön muutoksiin.⁴⁷

Viranomaistilastojen perusteella maahanmuuttajien riski tulla epäillyksi ja tuomituksi rikoksista on suurempi kuin kantaväestön. Maahanmuuttajien rikollisuuden selittäminen on erityisen vaikeaa, sillä etnisyyden tai kulttuurin merkitykset ovat vaarassa korostua monimutkaisten sosiaalisten prosessien huomioimisen kustannuksella. Tilastolliset erot kään-

⁴³ Lernestedt 2007, s.261.

⁴⁴ Keskinen 2009, s.18.

⁴⁵ Alvesalo-Ervasti 2006, s.41.

⁴⁶ Alvesalo-Ervasti 2006, s.27.

⁴⁷ Honkatukia ja Suurpää 2008, s.31.

netään kulttuuriselle kielelle ja maahanmuuttajien kulttuurista etsitään syitä heidän korkeammille rikosluvuilleen.⁴⁸ Yhdistämme helposti tiettyihin kulttuureihin negatiivisia piirteitä kuten rikollisuutta kyseenalaistamatta tai perustelematta näitä väitteitä. Käytän tässä esimerkkinä romanikulttuuria ja siihen liitettävää väkivaltaisuutta (kuten verikostoa) ja muuta rikollisuutta. Rikollisuuden syiden saatetaan olettaa liittyvän romanien kulttuuriin, vaikka syyt ovat usein rakenteellisia ja liittyvät mm. syrjäytymiseen, päihdeongelmiin ja köyhyyteen.⁴⁹ On kuitenkin tosiasia, että romaniväestön parissa on suhteellisesti enemmän rikoksiin syyllistyviä kuin kantaväestön,⁵⁰ mikä on syytä tuoda avoimesti esiin keskustelussa.

Yleensä katsotaan, että rikoksesta epäillyn etnistä taustaa ei saisi mainita esimerkiksi rikoksista uutisoinnissa, mikä on hyvä asia tietyn etnisen ryhmän negatiivisen leimautumisen välttämiseksi. Toisaalta, mikäli emme saa avoimesti puhua jonkin tietyn etnisen ryhmän piirissä tyypillisesti tapahtuvasta rikollisuudesta, ummistamme silmämme rikollisuuden piirteiltä, jotka liittyvät kulttuuriin tekijöihin. Myöskään rasismien pelon vuoksi asioista ei usein uskalleta puhua niiden oikeilla nimillä. Kulttuurikysymysten huomioiminen on usein välttämätöntä tiettyihin rikollisuusongelmiin puuttumisessa ja se voidaan tehdä kulttuuria syyllistämättä. Kulttuurisista tekijöistä vaikeneminen poliittisen korrektiuden vuoksi toimii usein esteenä rikosten uhrien auttamisessa.⁵¹

Esimerkiksi verikosto on tyypillistä juuri romanikulttuurille, minkä esiintuominen auttaa käsittelemään verikostosta tapahtuneita rikoksia. Verikosto on tapa käsitellä yhteisön sisäisiä kiistoja ja sen uhka pyrkii saamaan ihmiset käyttäytymään normien mukaisesti. Varsinainen verikosto tarkoittaa kostoksi tapahtuvaa tappoa, jonka surmatun omaiset kohdistavat surmaajan sukulaispiiriin. Virallisen oikeuslaitoksen väliintulo ja surmaajan rankaisu ei sulje pois koston mahdollisuutta. Romaniyhteisössä suvunjäsenen menetys koetaan henkilökohtaiseksi, koska perhe muodostaa yksilön turvallisuuden perustan eikä murhaa voida jättää kasvottoman oikeuslaitoksen käsiteltäväksi. Romanien oikeusjärjestelmää tutkinut Grönfors toteaa, että nimestään huolimatta väistämismekanismiin liittyvä verikostojärjestelmä enemmän ehkäisee kuin suosii väkivaltaa. Vaikka kuolemaa (tai muuta vakavaa loukkausta) ei kosteta, joutuvat osapuolina olevat suvut vihamielisiin väleihin –

⁴⁸ Suomessa asuvia ulkomaan kansalaisia epäillään vuosittain rikoksista väestöosuuteensa nähden n.1,3 - 1,5 kertaa useammin kuin kantasuomalaisia, ks. Honkatukia ja Suurpää 2008, s.34.

⁴⁹ Ks. samansuuntaisesti Honkatukia ja Suurpää 2008, s.34.

⁵⁰ Esimerkiksi v.2005 ryöstörikoksista 18 % tapauksista epäilty oli romani (Ryöstörikoskatsaus 2007, s.37).

⁵¹ Ks. Burman, Smailes & Chantler 2004.

verikostosuhteeseen.⁵² Vaikka verikosto-motiivi ei vaikuttaisi sen johdosta tapahtuvan väkivallan rangaistavuuteen, teon vaikuttimet on silti syytä tuoda esiin keskusteluun. Kunniaväkivaltaa tutkinut Suvi Keskinen on peräänkuuluttanut avointa keskustelua aiheen ympärille korostaen sen merkitystä, *miten* asiasta puhutaan. On tärkeää, että kulttuuriset selitysmallit kyseenalaistetaan ja kunniaväkivallan tyypilliset piirteet tunnistetaan.⁵³

Kulttuuriseen puolustukseen kriittisesti lähinnä diskurssianalyysiin pohjautuvilla perusteilla suhtautuva Volpp on päättellyt, että meidän on helpompi mieltää valtaväestöstä näkyvästi esimerkiksi ihonvärinsä perusteella erottuvat vähemmistöt ryhmäksi, jolla on oma kulttuuri. Värilliset ihmiset näemme ryhmänsä jäseninä kun taas valkoiset länsimaalaiset pikemminkin yksittäisinä ja itsenäisinä toimijoina.⁵⁴ Emme myöskään näe omien, ainakaan rikosoikeuden kanssa sotivien, tekojemme taustalla kulttuurisia tekijöitä. Tällaista kulttuurierojen korostamista nimitetään kulttuuristamiseksi, jolla tarkoitetaan myös kulttuurin ymmärtämistä pysyväksi ja yhtenäiseksi. Kulttuurin perusteella rakennetaan eroja ja eriarvoisuutta valtaväestön ja etnisten vähemmistöjen kesken. Näin vahvistetaan dikotomia ”meidän” ja ”heidän” välillä.⁵⁵

Yhdysvaltalainen Volpp pohtii myös, että pahana ja tuomittavana pidetty käytös yhdistetään kulttuureihin, joita pidetään jälkeen jääneinä Yhdysvaltojen kulttuuriin nähden. Tämän ajattelutavan mukaan aliarvostettujen ja heikkojen ryhmien käytös olisi aina kulttuurisidonnaisempaa. Ajateltaessa, että kulttuuri hallitsee ei-länsimaisten ihmisten käytöstä, pidetään heitä samalla vaikutusmahdollisuuksiltaan, tahdoltaan ja rationaaliselta ajattelultaan rajoitetumpina.⁵⁶ Tämä puolestaan johtaa vaarallisesti muiden kuin kulttuuristen tekijöiden sivuuttamiseen todellisuuden muodostajina. Kulttuuristen tekijöiden voimakas painottaminen ongelmatilanteiden ja rikosten taustana voi viedä huomiota pois epäkelvoilta hallinnollisilta käytännöiltä ja julkisen vallan vastuulta.⁵⁷ On varottava syyttämistä kulttuuria liikaa ja muistettava, että etnisten vähemmistöjen piirissä esiintyvää rikollisuutta voidaan pitää osin myös epäonnistuneen integraation osoituksena. Honkatukia ja Suurpää peräänkuuluttavat etnisesti sensitiivisempää kriminaalipolitiikkaa.⁵⁸

⁵² Grönfors 1981, s.101, 117-119.

⁵³ Keskinen 2009, s.24.

⁵⁴ Volpp 2000, s.89.

⁵⁵ Keskinen 2009, s.19, Volpp s.90.

⁵⁶ Volpp 2000, s.96.

⁵⁷ Volpp 2000, s.96 - 97.

⁵⁸ Honkatukia ja Suurpää 2008, s.155.

2.5.1 Syytämmekö kulttuuria pahoista teoista?

Teko joka vaikuttaa ensi alkuun kulttuuriselta ja tietylle ryhmälle tunnusmerkkiseltä ei sitä lähemmässä tarkastelussa aina ole kuten seuraavaksi esitelty yhdysvaltalaisen nuorten tyttöjen avioliittoja koskevat tapaukset osoittavat. Volpp tutkii *Yale Journal of Law & the Humanities*- julkaisussa vuonna 2000 ilmestyneessä artikkelissaan alaikäisten avioliittoja koskevia tapauksia Yhdysvalloissa vertaillen yleistä suhtautumista yhtäältä valkoisten amerikkalaisten välillä ja toisaalta vastaavia värillisten maahanmuuttajien välillä solmittuja avioliittoja. Nämä tapaukset ovat hyvä esimerkki siitä, miten kulttuurikysymyksiä hahmotetaan julkisessa keskustelussa. Vaikka Volppin artikkeli kuvaa tilannetta Yhdysvalloissa 1990-luvun lopussa, pätevät samat huomiot 2010-luvun Suomessa, kun kyse on pohjimmiltaan länsimaisen valkoisen kulttuurin ja vieraiden kulttuurien vastakkainasettelusta, asetelmasta ”me” vastaan ”he”.

Yhdessä Volppin tutkimista tapauksista oli kyse 13-vuotiaan valkoisen amerikkalaisen tytön, Tina Akersin, avioliitosta 29-vuotiaan Wayne Comptonin kanssa vuonna 1998. Avioliiton solmimiselle ei tuolloin Marylandissa voimassa olevien lakien mukaan ollut alaikäraja, kun tyttö oli raskaana ja avioliitolle oli vanhempien suostumus.⁵⁹ Compton leimattiin seksuaalirikolliseksi (häntä ei kuitenkaan asetettu syytteeseen), Akersin vanhempia moitittiin ja osavaltion lainsäädäntöä arvosteltiin lapsiavioliittojen sallimisesta. Avioliittoon ei missään vaiheessa viitattu kulttuurisena, amerikkalaisena, ilmiönä. Kahden valkoisen amerikkalaisen välinen liitto nähtiin vain kyseisten yksilöiden omana valintana, eikä tilanteen katsottu liittyvän kulttuuriin tai rotuun.⁶⁰ Sen sijaan, kun 14-vuotias meksikolainen maahanmuuttaja Adela Quintana sai lapsen 22-vuotiaan miesystävänsä Pedro Sotelon kanssa, liittoa pidettiin esimerkkinä kulttuurien törmäämisestä ja tunnusomaisena Meksikon kulttuurille. Sotelo joutui syytteeseen lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, mutta syytteet hylättiin lopulta, kun parin *common-law avioliitto*⁶¹ katsottiin Texasin lakien mukaiseksi. Sotelon puolustaja vetosi ”kulttuuriseen puolustukseen” väittäen, että Meksikossa suhde murrosiän saavuttaneeseen tyttöön on sallittu.⁶² Eräässä mediatyhteydessä Sotelo kuvattiin ”syyttömäksi pelaajaksi suuressa kulttuurisessa väärin-

⁵⁹ Avioliiton alaikärajan puuttumista on perusteltu mm. avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten määrän rajoittamisella sekä nuorten seksuaalisten irtosuhteiden hillitsemisellä.

⁶⁰ Volpp 2000, s.91 - 92.

⁶¹ *common law-marriage* (*de facto marriage, informal marriage*) käsitteellä viitataan liittoon, joka ei täytä avioliiton muotovaatimuksia, mutta jolle annetaan oikeusvaikutuksia kun parin tosiasiallinen tilanne on avioliiton omainen.

⁶² ”once a girl hits puberty she is fair game”.

ymmärryksessä”. Kuitenkin itse asiassa Meksikon lait koskien avioliiton alaikärajaa ovat tiukemmat kuin vastaavat Texasin lait.⁶³ Adelan varhainen seksuaalisuus ja avioliitto nähtiin silti nimenomaan meksikolaiselle kulttuurille tyypillisenä.⁶⁴

Volpp vertailee myös kahta lasten pakkoavioliiton tapausta, joista toinen koskee irakilaisen maahanmuuttajaperheen 13- ja 14-vuotiaita siskoksia ja toinen Utahin polygamisessa mormoniyhteisössä sattunutta tapausta, jossa isä halusi naittaa 16-vuotiaan tyttärensä tämän 32-vuotiaan sedän 15. vaimoksi. Utahin tapaus johti laajoihin syytteisiin mormoniyhteisön sisällä tapahtuvasta seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja pakkoavioliitoista sekä keskusteluun moniavioisuuden sallimisen perusteista ja uskonnon vapaudesta. Puheissa Utahissa tapahtuvista pakkoavioliitoista ei kuitenkaan viitattu siihen, että mormonit ovat epäonnistuneet amerikkalaiseen yhteiskuntaan sopeutumisessa tai että heidän kulttuurinsa näin vaarantaisi amerikkalaisia perinteisiä arvoja, kuten yksilön vapaus. Kukaan ei väitä, että tämä osavaltion laajuisesti hyväksytty käytäntö olisi osoitus monikulttuurisuuden vaaroista tai sotisi feministisiä arvoja vastaan.⁶⁵

Suhtautuminen oli täysin erilainen, kun Irakista pakolaisina Yhdysvaltoihin saapuneen perheen isä päätti järjestää 13- ja 14-vuotiaiden tyttäriensä avioliitot 28- ja 34-vuotiaiden miesten kanssa. Tapausta pidettiin muslimien kulttuuristen tapojen ja Yhdysvaltojen lainsäädännön välisenä konfliktina. Irakilaiset miehet vetosivat puolustuksessaan arabikulttuuriin ja uskonnollisiin syihin. Tapauksen käsittelyn yhteydessä kuultu islamilaisen yhteisön edustaja kuitenkin kertoi, että vaikka Islamin laki (Šaria) ei tunne alaikärajaa avioliitolle, nykyajan Irakissa naiset avioituvat yleensä 17- tai 18-vuotiaina. Niin kuin Quintanan ja Sotelon avioliiton tapauksessa, monet amerikkalaiset pitivät Irakin kulttuuria ”syynä” tähän pakkoavioliittoja koskevaan tapaukseen ja katsoivat sen vaarantavan amerikkalaisia arvoja. Volppin tulkinnan mukaan maahanmuuttajien ajatellaan tuovan mukanaan primitiivisiä ja jälkeenjääneitä arvoja, jotka uhkaavat länsimaisen kulttuurin traditioita.⁶⁶

Volppin johtopäätös on, että rinnastamme rodun ja kulttuurin ja syytämme kulttuuria pahoista teoista. Käsitämme kulttuurin ja sen mukaan toimimisen tyypillisenä nimenomaan värillisille vähemmistöille ja maahanmuuttajille.⁶⁷ Pidämme omaa kulttuuriamme moni-

⁶³ Tuohon aikaan keskimäärin 470 alle 14-vuotiaasta tyttöä solmi avioliiton vuosittain Texasissa.

⁶⁴ Volpp 2000, s.92 - 93.

⁶⁵ Volpp 2000, s.100-102.

⁶⁶ Volpp 2000, s.104.

⁶⁷ Volpp 2000, s.94.

mutkaisena, vuorovaikutteisena ja dynaamisena, mutta vieraat kulttuurit näemme yhteinäisinä, ahdasmielisinä ja staattisina. Nämä käsityksemme vaikuttavat siihen, miten arvioimme yksittäisiä tekoja. Näemme värillisten vähemmistöjen ja maahanmuuttajien teot kulttuurin ja ryhmäidentiteetin tuotteena, ja yksittäiset teot koko ryhmää leimaavana.⁶⁸ Edellä mainitut syyt selittävät eron suhtautumisessa Akersin ja Quintanan avioliittoihin. Akersia pidettiin Yhdysvalloissa ”yhtenä meistä” jolloin hänen käytöksensä ei katsottu johtuvan kulttuurista.

Sekä mormoniperheen, että irakilaisperheen pakkoavioliittojen käsittelyissä vedottiin uskonnon vapauteen, mutta vain irakilaisperheen tapaus edusti yleisön silmissä tuomittavaa kulttuurista käytöstä. Volpp huomauttaa, että kysymys länsimaisen kulttuurin ”edistyksestä” on tässä aiheessa ironinen ottaen huomioon, että nimenomaan länsimaisella kulttuurilla on vahvat perinteet lapsiavioliittojen ja lapsien varhaisen seksuaalisuuden hyväksymisessä. Esimerkiksi vielä 1800-luvun lopussa rikoslain suojaikäraja seksuaalisen kanssakäymisen suhteen oli suurimmassa osassa Yhdysvaltojen osavaltioita 10 vuotta, Delawaressa vain 7 vuotta.⁶⁹ Nämä tapaukset osoittavat, että moitittavat teot (alikäisten avioliitot) nähdään uhkana amerikkalaisille arvoille, kansakunnan identiteetille, kun tekijä edustaa ei-valkoista vähemmistökulttuuria, mutta ei silloin kun tekijä on valkoinen.⁷⁰

Suomalaisessa keskustelussa kunniaväkivallasta on havaittavissa samankaltaisia piirteitä: kun väkivallan teko on tapahtunut esimerkiksi muslimiperheen sisällä, saatamme liittää siihen turhankin helposti kulttuurisia motiiveja. Suomalaista kunniaväkivaltaa median kuvausten kautta diskurssianalyysin keinoin tutkinut Suvi Keskinen on päätenyt tutkimuksessaan hyvin samankaltaisiin johtopäätöksiin kuin Volpp Yhdysvalloissa. Analysoimansa lehtiaineiston perusteella hän on todennut, että kulttuuria käytetään selitysmallina ”muiden” (toisin sanoen maahanmuuttajataustaisten) väkivallalle kun taas suomalaiset sukujuuret omaavien väkivaltaa selitetään yksilöllisillä syillä. Kulttuuriset selitysmallit korostavat kulttuurien eroja, jopa yhteentörmäyksiä, eikä niitä kyseenalaistavia väitteitä ole Suomessa juuri esiintynyt.⁷¹ Tapaukset osoittavat kuinka vaikeaa kulttuurin merkityksen hahmottaminen on ja kuinka tärkeää on huomioida kulttuuriperusteet vain pätevillä perusteilla.

⁶⁸ Volpp 2000, s.95.Ks. myös Keskinen 2009 ja Hämeen-Anttila puhe 2010.

⁶⁹ Volpp 2000, s.103 - 105.

⁷⁰ Volpp 2000, s.90, 100 - 104.

⁷¹ Keskinen 2009, s.23.

2.6 Oikeuden ja sukupuolen tutkimus

Kirjallisuudessa on esitetty, että feministisistä kritiikistä lähestymistapana on löydettävissä apua kulttuurisen puolustuksen hahmottamiseen. Kirjallisuudessa on kerrottu niin kutsutusta ”*battered woman syndrome*”- puolustuksesta esimerkkinä pyrkimyksestä kehittää uusi vastuuvapausperuste. Yhdysvalloissa keskusteltiin 1980-luvulla uudesta pahoinpidellyn naisen näkökulmalle perustuvasta puolustusperusteesta, joka koskisi lähinnä väkivaltaisen miehensä itsepuolustukseksi tappaneita naisia. Kritiikki pohjautui sille, että väkivaltaisen reaktion järkevyyden ja kohtuullisuuden arvioinnin katsottiin perustuvan maskuliinisille standardeille johtaen naisten heikompaan asemaan sukupuolensa perusteella. Feministinen kritiikki ei johtanut uuden puolustusperusteen kehittämiseen vaan pahoinpideltyjen naisten näkökulman parempaan huomioimiseen voimassa olevan oikeuden tulkinnan kautta. Tuomarit saivat koulutusta aiheesta, jotta voisivat soveltaa oikeudenmukaisemmin jo voimassa olevia vastuuvapausperusteita pahoinpideltyihin naisiin niin, että vastaajan käytöstä voitiin arvioida vaihtoehtoisesta näkökulmasta.⁷²

Se, mistä näkökulmasta vastaajan käytöstä arvioidaan vastuuvapausperusteiden soveltamisen kannalta, on ydinkysymyksiä myös kulttuurisessa puolustuksessa. On havaittu, että esimerkiksi Englannissa tuomarit ovat joissain tapauksissa ottaneet varovasti kantaa siihen, että se, mikä on järkevää (*reasonable*) käytöstä voi vaihdella henkilöstä ja hänen kulttuuri-taustastaan riippuen.⁷³ Yhdysvalloissa *battered woman syndrome*- aiheesta käyty keskustelu sai tuomarit, syyttäjät ja poliitikot hyväksymään vastaajan reaktion kohtuullisuutta arvioivan vaihtoehtoisen, yhtä lailla legitiimin mallin, joka tulee huomioida lainsäädännössä ja soveltamisessa. Sen sijaan, että kyseisten naisten katsottaisiin vaativan erityiskohtelua, heidän kokemuksensa ja näkökulmansa sisäistetään oikeuteen, oikeudenmukaisuutta ei tavoitella poikkeuksen vaan yleisten sääntöjen kautta.⁷⁴ Oikeuden ja sukupuolen tutkimuksessa korostetaan, että erityiskohtelun sijaan on pyrittävä *valtavirtaistamiseen*. ”Oikeuden ja kulttuurin tutkimuksessa” voidaan nähdä sama tavoite.

Feministinen kritiikki on johtanut rikoslainsäädännön sukupuolivaikutusten parempaan huomioimiseen myös Suomessa.⁷⁵ Feministisen kritiikin logiikan mukaisesti voidaan

⁷² Amirthalingam 2009, s.45.

⁷³ Woodman 2009, s.19.

⁷⁴ Amirthalingam 2009, s.60.

⁷⁵ Ks.erityisesti Johanna Niemi-Kiesiläisen tuotanto.

sanoa, että kun lainsäädäntö ei saa olla sukupuolineutraalia, se ei saisi olla myöskään kulttuurineutraalia. Tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi rikoslainsäädännön tosiasiallisia vaikutuksia eri kulttuureihin (ja eri sukupuoliin) on ainakin arvioitava.⁷⁶

Hieman paradoksaalisesti kulttuurista puolustusta myös vastustetaan feminismin hengessä voimakkaasti.⁷⁷ Tämä perustuu näkemykseen siitä, että antamalla vahva asema kulttuuriselle puolustukselle legitimoidaan naisia ja lapsia syrjiviä käytäntöjä sillä heillä ei useinkaan ole päätäntävaltaa kulttuuristen normien ja arvojen muodostamisessa.⁷⁸ Tästä syystä huolen naisten ja lasten asemasta on katsottu johtavan siihen, että monikulttuurisuuden on väistyttävä naisten oikeuksien puolustamisen edessä.⁷⁹ Kulttuurista puolustusta feministisen kritiikin keinoin vastustavan Volppin mukaan kulttuurisen puolustuksen tapaukset voimistavat ennakkoluuloja, joiden mukaan naisviha olisi tyypillistä tietyille kulttuureille.⁸⁰ Kun katsomme naisia alistavat käytännöt tiettyyn ihmisryhmään kuuluviksi, kohdennamme ongelman maahanmuuttajiin eli kansakunnan rajojen ulkopuolelle.⁸¹ Oikeuslaitospäivillä vuonna 2010 kulttuurien kollisioista puhunut Jaakko Hämeen-Anttila on huomauttanut, että siinä missä länsi mieltää usein islamilaisen naisen alistetuksi ja yhteiskunnan patriarkaalisten arvojen uhriksi, Lähi-itä mieltää länsimaisen naisen jatkuvan seksuaalisen riiston ja suojattomuuden uhriksi. Kulttuurin rauhanomainen rinnakkaiselo edellyttää, että kykenemme tarkastelemaan toista kulttuuria ilman vankkaa uskoa oman kulttuurimme paremmuudesta.⁸²

⁷⁶ Vrt. sukupuolivaikutusten arvioiminen lainsäädäntöhankkeissa. Ks. esim. STM:n julkaisu 2007:25

”Sukupuolivaikutusten arvioiminen lainsäädäntöhankkeissa”.

⁷⁷ Ks. Burman, Smailes & Chantler 2004.

⁷⁸ Amirthalingam 2009, s.44.

⁷⁹ Volpp 2000, s.105.

⁸⁰ Volpp 2000, s.106.

⁸¹ Volpp 2000, s.106, 108.

⁸² Hämeen-Anttila puhe 2010.

3. KULTTUURINEN PUOLUSTUS TUTKIMUSKOHTENA

Kulttuurinen puolustus on antoisa, mutta haastava tutkimuskohde. Monet rikosoikeuden ajankohtaiset trendit vahvistavat kulttuurisen puolustuksen merkitystä. Erityisesti yleinen elämän ”oikeudellistuminen” lisää kulttuurisen puolustuksen käyttöalaa. Esimerkiksi liikenne- ja työturvallisuutta koskeva, oikeudellisin sanktioin tehostettu, sääntely kasvaa jatkuvasti. Myös lääketieteen ja terveydenhuollon ala on merkittävästi oikeudellistunut⁸³. Mitä enemmän asioita yhteiskunnassa kielletään, sitä useammin kulttuuriset perinteet voivat joutua ristiriitaan näiden normien kanssa. Toinen kulttuurisen puolustuksen merkitystä lisäävä tekijä on perus- ja ihmisoikeusajattelun voimistuminen niin rikosoikeudessa kuin muillakin oikeudenaloilla. Kulttuurinen puolustus voidaan nähdä osoituksena kulttuurisista oikeuksista ja joitain kulttuurin aspekteja suojelevana mekanismina. Toisaalta on myös huomautettu, että ihmisoikeudet voivat puhua kulttuurisen puolustuksen omaksumista vastaan, jos ihmisoikeuksia polkevia tapoja puolustellaan kulttuurisella perusteella.⁸⁴

3.1 Tutkimuksen haasteet ja monitasaisuus

Monikulttuurisen rikosoikeuden tutkimiseen liittyy monia haasteita. Aihetta ei ole Suomessa juuri käsitelty ja ilmiön oikeustieteellinen tutkimus on kansainvälisestikin vasta melko alussa. Kyseessä on aihepiiri, jonka tutkimuskohteista ja soveltuvista metodeista ei ole vielä muodostunut yhtenäistä näkemystä. Tutkimus on usein poikkitieteellistä ja monioikeudenalaista. Aiheen oikeustieteellinen tutkimus on usein oikeuspoliittista ja sisältää paljon oikeusteoreettista ja -filosofista pohdintaa. Lainopillinen tutkimus aiheesta on vaikeaa etenkin relevantin oikeuskäytännön ja empiirisen tutkimuksen vähäisyyden vuoksi. Monikulttuurisuutta ja -arvoisuutta koskevaa tietoa ei ole myöskään totuttu käsittelemään oikeustieteen alalla. Kirjallisuudessa on pyritty kuitenkin systematisoimaan ja käsitteellistämään ilmiötä.

Kulttuuristen tekijöiden huomioiminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pitää sisällään paljon muutakin kuin kulttuurisen puolustuksen. Kulttuurinen puolustus on kuitenkin

⁸³ Lahti 2010, s.65.

⁸⁴ Woodman 2009, s.33.

merkittävä käsite, jonka avulla rikosoikeuden ja kulttuurin välisiä jännitteitä voidaan jäsentää. Tutkimuksella ei yleensä pyritä selvittämään kulttuurista puolustusta empiirisenä ilmiönä, vaan pikemminkin selventämään sitä teoreettisesti käsitteenä. Kun käytämme jotakin käsitettä oikeudellisen ilmiön selittämisessä, on määrittelyssä viitattava voimassa olevaan oikeuteen.⁸⁵ Kulttuurista puolustusta moniulotteisena ja -merkityksisenä ilmiönä on vaikeaa tutkia lain tasolla. Rikosoikeuden ja monikulttuurisuuden haasteesta kirjoittanut rikosoikeuden professori Sakari Melander pitää jäljempänä käsiteltävää tapausta KKO 2008:93 hyvänä esimerkkinä siitä, miten kulttuuristen tekijöiden huomioon ottaminen kyetään parhaimmassa tapauksessa kytkemään oikeudellisiin argumentteihin.⁸⁶

Kulttuurisen puolustuksen tutkimisen keinot vaihtelevat riippuen siitä, mille oikeuden tasolle tutkiminen painottuu. Aihetta voidaan tarkastella positiivisen, säädännäisen oikeuden tason lisäksi muun muassa tapaoikeuden tasolla. Esimerkiksi ehtoollisviinin alaikäisille tarjoamisen hyväksyttävyyden voidaan katsoa perustuvan tapaoikeuteen. Positiivista oikeutta voidaan tarkastella painottuen joko kirjallisiin oikeuslähteisiin (*law in books*) tai oikeuden tosiasialliseen ilmenemiseen (*law in action*). Amerikkalainen vähemmistökulttuurien oikeuksien puolestapuhujana tunnettu, kulttuurista puolustusta voimakkaasti kannattava valtiotieteen ja antropologian professori Alison Dundes Renteln on lukuisissa tutkimuksissaan tarkastellut monikulttuurista rikosoikeutta erityisesti *law in action*-tasolla keskittyen siihen, mitä oikeussaleissa todella tapahtuu. Hän on paneutunut etenkin kulttuuria koskevan todistelun käytännön ongelmiin ja asiantuntijatodistajien rooliin kulttuurisen puolustuksen yhteydessä.⁸⁷ Näkökulma voi myös olla voimakkaasti oikeusfilosofinen. Esimerkiksi monikulttuuriseen rikosoikeuteen ja ihmisoikeuksiin perehtyneen Singaporen yliopiston oikeustieteen professori Kumaralingam Amirthalingam on kirjoittanut aiheesta kiinnostavan esseen painottuen oikeusfilosofiseen pohdintaan rangaistusteorioiden tasolla.⁸⁸

⁸⁵ Esim. Woodman 2009, s.8.

⁸⁶ Melander 2011, s.17.

⁸⁷ Ks. Renteln 2009, s. 63.

⁸⁸ Amirthalingam 2009, s.61.

3.2 Käsitteet

Monikulttuurisen rikosoikeuden ja kulttuurisen puolustuksen tutkiminen on vaikeaa käsitteiden vakiintumattomuuden ja oikeastaan jopa niiden tuntemattomuuden vuoksi. Tämä liittyy laajempaan juridiikan kentän ongelmaan, *indeterminenssiin* eli normien määrittelymättömyyteen ja avoimuuteen, johon kriittiset oikeusteoreetikot ovat kiinnittäneet huomiota.⁸⁹ Juridisten normien sisältö on aina avoin vasta-argumenteille, joten normit saavat viimekädessä sisältönsä vasta argumentaatioprosessin tuloksena. Ongelma on erityisen korostunut puhuttaessa kulttuurisen puolustuksen kaltaisesta oikeudellisesta ilmiöstä, jolla ei ole vakiintunutta tulkintateoriaa. Tulkinnassa reaalilla argumenteilla on suhteellisen painava rooli verrattuna lainsäädännön, oikeuskäytännön tai lainsäätäjän tarkoituksen kautta tehtävään tulkintaan. Seuraavaksi esittelen lyhyesti aiheen kannalta keskeisiä käsitteitä ”kulttuuri”, ”kulttuurinen puolustus” ja ”kulttuurinen rikos”.

3.2.1 Kulttuuri

Kulttuuri on yhteiskuntatieteissä ja sosiologiassa ollut aina hyvin kiistelty ja vaikeasti määriteltävä käsite. Erilaisia kulttuurin määritelmiä on esitetty kirjallisuudessa varmasti satoja. Erityisen käyttökelpoisena on pidetty määritelmää, joka on peräisin Kanadan UNESCO-toimikunnan julkaisusta *‘A Working Definition of ‘Culture’* vuodelta 1977:

”Culture is a dynamic value system of learned elements, with assumptions, conventions, beliefs and rules permitting members of a group to relate to each other and to the world, to communicate and to develop their creative potential”

Kulttuuriin luetaan kuuluvaksi myös uskonto, silloin kun se vaikuttaa ryhmän perinteiden ja tapojen taustalla. Monesti on vaikea erottaa, pohjautuvatko perinteet ja tavat uskontoon vai muuhun kulttuuriin, mutta erottelu on usein juridisesti merkityksellinen. Uskonnonvapauden ja uskonnon harjoittamisen oikeuksilla on pitkät perinteet, ja niitä koskee oma

⁸⁹ Ks. Koskeniemi, Martti: ”From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument” Lakimiesliiton kustannus 1989.

sääntelynsä, joka eroaa suhteellisen uudesta kulttuuristen oikeuksien sääntelystä.⁹⁰ On sanottu, että kulttuuri on aina yhteisöllistä, kun taas uskonto voi olla vain yksilön henkilökohtaista vakaumusta.⁹¹ Tutkimuksessa on myös haluttu puhua ”kulttuurisista käsityksistä” monoliittisen kulttuuri- nimityksen sijaan, koska kaikki eivät jaa samoja käsityksiä kulttuurista ja käsitykset muuttuvat.⁹²

Kulttuurin käsitettä määriteltäessä on myös pohdittava, mitkä ja keiden kulttuurit tulevat kyseeseen kulttuurista puolustusta arvioitaessa. Usein oletetaan, että kysymys on vain vähemmistökulttuurien tavoista ja perinteistä, jotka joutuvat ristiriitaan lain kanssa. On katsottu, että kulttuuriset kysymykset vaativat erityistä huomiota silloin, kun vastaaja on vähemmistökulttuurista koska rikosoikeudellisen vastuun sääntely perustuu valtakulttuurin arvoille.⁹³ Vaikka kulttuuriseen puolustukseen vetoava on yleensä vähemmistökulttuurin edustaja, esiin voi myös nousta tilanteita, joissa valtakulttuurin edustaja vetoaa omaan kulttuuriinsa tekemäänsä rikosta puolustaakseen.⁹⁴

Kulttuurista puhuttaessa voidaan myös pohtia ovatko kaikkien ryhmien kulttuuriset oikeudet yhtäläillä turvatut ja miten eri ryhmien kulttuuriset oikeudet eroavat. Kansallisten vähemmistöjen oikeudet (esimerkiksi Suomen saamelaiset) nauttivat erityistä suojaa, kuten jäljempänä kulttuurisia oikeuksia koskevassa luvussa neljä tarkemmin selvitetään. Vähemmistökulttuurit on tapana jakaa kolmeen ryhmään: alkuperäiskansat, kansalliset vähemmistöt sekä maahanmuuttajaryhmät. Maahanmuuttajien sisällä on lukuisia eri ryhmiä, esimerkiksi vapaasti maahan tulleita maahanmuuttajia, turvapaikanhakijoita ja pakolaisia. Lisäksi on erilaisia maassa tilapäisesti oleskelevia ryhmiä kuten turistit. Ulkomaalaisen saapuessa vieraaseen valtioon, voidaan helposti ajatella hänen luopuvan osin alkuperäiseen identiteettiinsä liittyvistä oikeuksistaan. Perusoikeusjärjestelmän selvä lähtökohta kuitenkin on, että kukaan ei voi peruuttamattomasti luopua oikeudestaan puolustautua rikossyytteitä ja mahdollista rangaistusta vastaan.⁹⁵

⁹⁰ Ks. lisää Edilexin teemasivut kirkko-oikeudesta. Erityisesti uskonnon harjoittamisen oikeudesta ks. Hokkanen, Pete: ”Uskonnon harjoittaminen – käsite ja rajat” julkaistu 22.9.2010: <www.edilex.fi/teema/kirkko-oikeus>.

⁹¹ Ks. esim. Woodman 2009, s.9.

⁹² Keskinen 2009, s.26.

⁹³ Amirthalingam 2009, s.35.

⁹⁴ Ks. mielenkiintoinen esimerkki, jossa puolustustarkoituksessa vedottiin Australian valtakulttuurin arvoihin, Amirthalingam 2009, s.36.

⁹⁵ samansuuntaisesti Lernerstedt 2007, s.24.

Toisilla ryhmillä on ollut parempi tilaisuus integroitua yhteiskuntaan ja sisäistää sen normit, mikä voi tulla huomioduksi esimerkiksi erehdystilanteita (RL 4:1-3) koskevissa tapauksissa (ks. luku 5.4). Kulttuurista puolustusta koskevassa keskustelussa pääpaino on ollut maahanmuuttajissa ja esimerkiksi turistit ovat jääneet lähes huomiotta. Miten tulisi suhtautua esimerkiksi tilanteeseen, jossa suomalainen turistipariskunta antaa toisilleen julkisia hellyydenosoituksia maassa, jossa tämä on ankarasti kiellettyä? Olisiko oikeudenmukaista sallia heidän vedota puolustuksessaan siihen, että suomalaisessa kulttuurissa julkiset hellyydenosoitukset ovat yleisesti hyväksyttäviä? Esimerkissä arviointi suoritettaisiin alueperiaatteen mukaan tekopaikan lakien mukaan, mutta omaa kulttuuriamme koskeva esimerkki kuvastaa ongelmaa hyvin.

3.2.2 Kulttuurinen puolustus (*cultural defence*)

Cultural defence- käsitteellä viitataan kirjallisuudessa hyvin erilaisiin kulttuurin ja oikeuden konflikteihin liittyviin tilanteisiin. Suomennosta ”kulttuurinen puolustus” ei ole käsittääkseni käytetty ollenkaan. Käsitteellä tarkoitetaan niitä kulttuuriin liittyviä perusteita, joilla pyritään rikosoikeudellisen vastuun poistamiseen, rajoittamiseen tai lieventämiseen.⁹⁶ Taustalla on kysymys siitä miten kulttuuriset tekijät voivat vaikuttaa teon rangaistavuuteen ja rangaistuksen mittaamiseen. Kulttuurista puolustusta ei ole tietävästi muodollisesti tunnustettu missään oikeusjärjestelmässä. Yhdysvalloissa on käyty keskustelua erillisen *cultural defence*- perusteen luomisesta. Käytännön elämässä kulttuuriseen puolustukseen kuitenkin vedotaan kaikkialla maailmassa vaikkakaan tilanteissa ei kyseistä termiä käytettäisi. Kulttuurinen puolustus ei siis edellytä kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvää nimenomaista viittaamista vastaajan kulttuuristaan.⁹⁷ Kulttuurinen puolustus voi Suomessa tulla huomioduksi esimerkiksi lakiin kirjoittamattoman vastuuvapausperusteen muodossa (kuten tapauksessa KKO 2008:93).

⁹⁶ “A cultural defence is a rule of state law which constitutes a complete or partial defence to a crime or mitigation which reduces the punishment, and which takes effect where the defendant would not have committed the criminal act had they not belonged to a particular culture” Woodman 2009, s.14.

⁹⁷ Woodman 2009, s.10.

Defence (puolustus)- käsite on kirjallisuudessa voitu ymmärtää vain hyvin suppeasti viittaamalla vain *common law*- oikeuskulttuurin *defence*- perusteisiin⁹⁸. Termi laajassa merkityksessä taas kattaa kaiken sääntelyn ja argumentoinnin, joilla tekoja puolustellaan ja selitetään vastuun lieventämisen tai poistamisen tarkoituksessa. Puolustus voidaan Suomen rikoslain kannalta huomioida esimerkiksi rikoksen tunnusmerkistön mukaisuuden supistavalla tulkinnalla, vastuuvapausperusteiden tulkinnassa tai rangaistuksen mittaamisessa lieventävänä tekijänä. Puolustus voidaan nostaa esiin mm. vastaajan itsensä tai syyttäjän taholta, ja se voi ilmetä missä prosessin vaiheessa tahansa.

3.2.3 Kulttuurinen rikos (cultural offence)

Cultural defence- näkökulman ohella ilmiötä on kirjallisuudessa tarkasteltu *cultural offence* - käsitteen avulla. Molemmat käsitteet ovat erittäin tulkinnanvaraisia eikä yksimielisyyttä niiden sisällöstä ole. ”Kulttuurisella rikoksella” tarkoitetaan yleensä vähemmistökulttuurista tulevan henkilön tekemää tekoa, jota pidetään rikoksena valtakulttuurissa, mutta joka on samalla tekijän omassa kulttuurissa hyväksyttyä ja jopa suositeltavaa toimintaa. Klassinen esimerkki tästä on musliminaisten huivin käyttö, ja sen kieltäminen esimerkiksi kouluissa.⁹⁹ Amirthalingam tulkitsee, että kulttuurisen rikoksen määrittely on pohjimmiltaan poliittinen asia kun taas kulttuurinen puolustus voidaan rakentaa juridisesti.¹⁰⁰ Kulttuurinen rikos on tiettyyn kulttuuriin kuuluva, mutta vallitsevassa kulttuurissa kriminalisoitu teko. Pohdinnat kulttuurisista rikoksista koskevat kulttuuristen tekojen kriminalisoinnin oikeutusta. Viime aikoina on nostettu esiin esimerkiksi kerjäämisen kriminalisointi ja sen tulkitseminen romanikulttuurin kriminalisoimiseksi.¹⁰¹

Jerusalemien heprealaisessa yliopistossa työskentelevä Tamar Tomer-Fishman korostaa *cultural offence*- näkökulmasta tehtävää kulttuurikonfliktien tutkimusta rikosoikeudessa. Hänen näkemyksensä mukaan ”kulttuurisesta rikoksesta” on kyse silloin, kun rikoksesta

⁹⁸ *common law*- oikeusjärjestelmässä on Suomen vastuuvapausperusteita muistuttavia puolustusoppeja koskien mm. erehdyttä (*the defence of mistake*), itsepuolustusta (*self-defence*), pakkotilaa (*duress/coercion*) ja provokaatiota (*provocation*)

⁹⁹ Amirthalingam 2009, s.40. Ks. huivin käytön kieltämisestä Jaakko Hämeen-Anttila puhe 2010.

¹⁰⁰ Amirthalingam 2009, s.43.

¹⁰¹ Ks. esim Hirvonen, Ari: ”Kerjääminen perusoikeuksien näkökulmasta” Haaste 3/2010, s.35 - 37 ja romanikulttuurin ja oikeuden kollisioista yleisemmin Kusters 2009.

epäillyn kulttuuritaustaa tarkastellaan tätä vastaan puhuvana seikkana.¹⁰² Edellä mainittu professori Amirthalingam taas esittää kulttuurisesta rikoksesta seuraavan määritelmän:

*“an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation”*¹⁰³

3.3 Lähteet

Kirjallisuutta ja oikeustapauksia ilmiön ympäriltä löytyy eniten Yhdysvalloista, mutta aiheesta on kiinnostuttu myös Euroopassa. Vaikka Yhdysvaltojen oikeusjärjestelmä poikkeaa merkittävästi Suomen järjestelmästä on siellä tehdyillä havainnoilla ja tutkimustuloksilla relevanssia myös Suomen oikeuden kannalta. Yhdysvalloista peräisin oleva lähdeaineisto on luontevaa koska *cultural defence* -doktriinilla on siellä vahvat juuret kun taas Suomessa ilmiö on hyvin tuore. Toisaalta Yhdysvalloissa eri kulttuurien yhteiselolla on pitkät perinteet ja siellä monikulttuurisuus voidaan nähdä luonnolliseksi osaksi yhteiskuntaa, mikä vahvistaa kulttuurisen puolustuksen oikeudellista merkitystä.

Kulttuurisen puolustuksen tutkiminen pohjautuu usein sen arvioimiseen kansallisen lain rikosoikeudellista vastuuta rajoittavien tai poistavien säännösten kannalta. Tällöin tulkinta ja johtopäätökset ovat hyvin riippuvaista kyseisestä kansallisesta lainsäädännöstä, mutta koska rikosoikeuden vastuuoppi ja rikosvastuuta rajoittavat perusteet ovat hyvin samankaltaisia eri länsimaisissa oikeusjärjestyksissä, ulkomaisia tulkintoja voidaan hyödyntää myös Suomessa. Oikeusvertailu on välttämätöntä kerätessä tietoa kulttuurisesta puolustuksesta.

Suomalainen lähdeaineisto kulttuurisen puolustuksen tilanteista on vähäistä koska monikulttuurinen rikosoikeus on noussut meillä keskustelun kohteeksi toden teolla vasta 2010-luvulla ja se on toistaiseksi ollut hyvin niukkaa. Lähtölaukauksen ilmiön tarkastelulle Suomessa antoi poikien uskonnollisista ympärileikkauksista 2000-luvulla käyty keskustelu ja etenkin asiaa koskeva KKO:n ratkaisu 2008:93, jota on käsitelty melko paljon oikeuskirjallisuudessa sekä mediassa. Tämä ennakkotapaus on merkittävä keskustelunavaus

¹⁰² Tomer-Fishman 2010, s.482.

¹⁰³ Amirthalingam 2009, s.40.

monikulttuurisen rikosoikeuden ongelmista Suomessa. Keskusteluun ovat antaneet panoksensa esimerkiksi rikosoikeuden professorit Raimo Lahti, Kimmo Nuotio ja Sakari Melander. Keväällä 2010 oikeuslaitospäivien teemana oli ”Kulttuurit kohtaavat lainkäytössä”, jossa esitetyt puheet on julkaistu valtakunnansyyttäjänviraston internet-sivuilla. Monikulttuurisuus on myös ollut teemana rikoksentorjuntaa, kriminaalipolitiikkaa ja rikollisuutta käsittelevän Haaste- lehden numerossa vuonna 2011, jossa ilmestyi myös edellä viitattu professori Melanderin artikkeli. Perusoikeuksilla on merkittävä asema kulttuurisen puolustuksen ongelmassa ja esimerkiksi tutkijatohtori Juha Lavapuron tuoreella väitöskirjalla ”Uusi perustuslakikontrolli” on paljon annettavaa aiheeseen.

Kansainvälinen kirjallisuus

Hyvän kokonaiskuvan monikulttuurisuudesta oikeuden kontekstissa tarjoaa vuonna 2009 ilmestynyt kokoomateos ”*Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defence*”. Teoksen ovat toimittaneet belgialainen mm. maahanmuuton ja islamilaisen perheoikeuden kysymyksiin perehtynyt oikeustieteen ja antropologian professori Marie-Claire Foblets ja edellä mainittu professori Renteln. ”*Multicultural Jurisprudence...*” -teos koostuu eri länsimaissa toimivien oikeus- ja yhteiskuntatieteenalojen asiantuntijoiden esseistä. Esseet on jaettu neljään osaan: teoreettista ja aihetta yleisesti tarkastelevaa ensimmäistä osaa seuraavat eri maiden kokemuksia kartoittavat essee, tiettyjä erityistapauksia käsittelevät kirjoitukset ja viimeisessä osassa aihetta tarkastellaan eri oikeudellisten toimijoiden näkökulmasta. Tämä jaottelu on yksi esimerkki siitä, mistä näkökulmista teemaa voidaan tarkastella. Teoksen tavoitteena on selvittää minkälaisia kokemuksia eri oikeusjärjestelmissä on kulttuurisesta puolustuksesta rikosoikeudenkäynneissä ja kulttuuria koskevasta todistelusta sekä kannustaa tutkijoita ilmiön analysointiin myös muissa oikeudellisissa yhteyksissä. Kirjoittajat pyrkivät ennen kaikkea lisäämään tietoisuutta aihepiiristä ja esittelemään erilaisia lähestymistapoja oikeudenkäyntien kulttuuristen konfliktien tutkimiseen näin tasoittaen tietä ilmiön jatko-tutkimukselle. Eri mantereilta, erilaisista oikeusjärjestelmistä ja eri tieteenaloilta tulevien kirjoittajien näkemykset kulttuurisesta puolustuksesta eroavat huomattavasti. Kirja ehkä herättääkin enemmän kysymyksiä kuin vastaa niihin.

Mielenkiintoinen aihetta koskeva julkaisu on edellä viitattu tutkija Tomer-Fishmanin *Journal of Criminal Law and Criminology*- lehdessä keväällä 2010 julkaistu tutkimus kulttuurikonflikteista israelilaisissa rikosoikeudenkäynneissä. ”*Cultural defense*,” ”*cultural*

offense," or no culture at all?: An empirical examination of Israeli judicial decisions in cultural conflict criminal cases and of the factors affecting them" on tiettävästi ensimmäinen empiirinen tutkimus oikeudelliseen päätöksentekoon vaikuttavista tekijöistä kulttuurikonfliktien tapauksissa.¹⁰⁴

Tiedonhaussa ja lähdeaineiston etsimisessä tarvitaan kekseliäisyyttä. Erilaisissa tietokannoissa voidaan hakusanoina käyttää ”kulttuurin”, ”rikoksen” ja ”lain” yhdistelmien sekä ”kulttuurisen puolustuksen”¹⁰⁵ lisäksi esimerkiksi niitä etnisiä ja kulttuurisia ryhmiä, joiden kulttuuriin tiedetään liittyvän lain kanssa ristiriitaisia piirteitä. Näiksi on luettu esimerkiksi romanit¹⁰⁶, hmong-kansa, juutalaiset, muslimit, rastafarit ja sikhit.¹⁰⁷ Tiedonhakua vaikeuttaa, että vastaajan etnistä taustaa ei ole yleensä tapana tai aina edes sallittua mainita.

Oikeustapaukset

Relevantin oikeuskäytännön löytäminen aiheesta on haasteellista koska kulttuurieroihin liittyvät konfliktit eivät useinkaan ilmene tapauksista suoraan tai löydy hakusanojen perusteella. Kulttuurille mahdollisesti annettava merkitys jää tuomioissa usein piiloon. Esimerkiksi isän lapsilleen antamien kielisuudelmien arviointia lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä koskevan ratkaisun KKO 2005:93 perusteluissa mainitaan vain, että *”Vanhempien ja pienten lasten välisissä suhteissa suutelut ja hyväilyt ovat tavanomaisia hellyyden ja yhteisyyden osoittamisen muotoja, joskin käytäntö vaihtelee eri yhteisöissä ja kulttuureissa.”*¹⁰⁸ Tämä on vahva vihjaus siihen, että kulttuuritekijät olisivat vaikuttaneet ratkaisun lopputulokseen. Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 11:4.1 mukaan *”Tuomio on perusteltava. Perusteluista on ilmevä, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu”*. Perusteluvollisuus pohjautuu oikeusvarmuuden ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksille ja on ongelmallista että kulttuuritaustan merkityksestä ei lausuta suoraan, mutta se saattaa silti vaikuttaa jutun lopputulokseen.

¹⁰⁴ Tomer-Fisherman 2010, s. 485.

¹⁰⁵ englanniksi: culture/ cultural, crime/criminal, offence/defence (myös amer. kieliasu offense/defense).

¹⁰⁶ Gypsies/ Roma.

¹⁰⁷ *Multicultural Jurisprudence*- teoksen s. 339 johdanto ”Scientific Bibliography” luetteloon.

¹⁰⁸ KKO 2005:93 perustelujen kohta 7.

3.3.1 Esimerkkejä kulttuurisen puolustuksen tapauksista

”*Multicultural Jurisprudence...*”- teoksessa käsitellään oikeustapauksia Yhdysvalloista, Englannista, Saksasta, Espanjasta, Belgiasta, Australiasta, Etelä-Afrikasta ja Kanadasta. Näissä maissa kulttuuriset konfliktit ovat huomattavasti arkipäiväisempi ilmiö kuin Suomessa, jossa maahanmuuttajien osuus väestöstä on maailman alhaisimpia. Tietävästi ainoat suomalaiset oikeustapaukset koskien nimenomaan kulttuurisia syitä rikosvastuun poistavana perusteena koskevat poikien ei-lääketieteellisiä ympärileikkauksia, merkittävimpänä ennakkotapaus KKO 2008:93.

Kirjallisuuden esimerkit kulttuurisesta puolustuksesta koskevat usein hyvin vakavia rikoksia. Esiin on nostettu muun muassa hyvin äärimmäisiä tilanteita, kuten *hmong*-väestön kulttuuriin liittyvä *marriage-by-capture*-käytäntö, johon voi liittyä raiskaus, aasialainen ”vanhempi-lapsi itsemurha” (*filicide-suicide*) ja rituaalinen lasten kasvojen arpeuttaminen viiltelyllä. Paljon yleisemmin kulttuuriset ja oikeudelliset normit törmäävät kuitenkin vähemmän vakavissa tilanteissa. Esimerkkejä on muun muassa aseiden käsittelemisen ja hallussapitämisen sääntelyä koskien. Sikhien uskonnollinen tapa kantaa mukanaan *kirpan*-tikaria (symboloiden soturiutta) on johtanut kulttuurisen puolustuksen tilanteisiin ainakin Englannissa.¹⁰⁹ Brasiliassa kulttuurisia syitä on arvioitu juhlatilaisuuksissa käytettävien (replica-) aseiden hyväksyttävyyden arvioinnissa.¹¹⁰ Erilaiset alkuperäiskansojen kulttuuriset ja uskonnolliset tavat käyttää päihdyttäviä luonnontuotteita ovat eripuolilla maailmaa johtaneet ristiriitoihin huumausaineita koskevan sääntelyn kanssa. Tällaisia tilanteita on ollut esimerkiksi Amazonian alueella Brasiliassa¹¹¹ ja intiaanien keskuudessa Yhdysvalloissa¹¹². Rastafarien uskonnollisiin rituaaleihin liittyvä tapa käyttää kannabista on myös rikos, jossa kulttuurista puolustusta on Yhdysvalloissa käytetty.¹¹³

Esimerkkinä mainitaan usein myös turbaanin käyttö sikhien uskonnollisena velvoitteena, mikä estää kypärän käytön työmaalla sekä moottoripyöräilyssä ja saattaa näin ollen rikkoa työturvallisuus- ja liikennemääräyksiä.¹¹⁴ Australiassa on esiintynyt tapauksia, joissa aboriginaalien ikiaikaiseen perinteeseen kuuluvat metsästys ja kalastusmenetelmät ovat olleet

¹⁰⁹ Waldron 2002, s.7 ja Lernestedt 2007, s.261.

¹¹⁰ Silveira 2011, s.516.

¹¹¹ Silveira 2011, s.519.

¹¹² Waldron 2002, s.8.

¹¹³ Renteln 2009, s.70.

¹¹⁴ Woodman 2009, s.17.

ristiriidassa mm. eläinsuojelua koskevan sääntelyn kanssa. Tämä on johtanut kulttuuristen tekijöiden tarkempaan huomioimiseen Australian rikosoikeudessa.¹¹⁵

Suomessa saamelaisten oikeutta kulttuurinsa harjoittamiseen on jouduttu usein punnitsemaan muuta sääntelyä vasten ristiriitatilanteissa. Usein kyse on ollut poronhoidosta, jonka on tulkittu olevan olennainen osa saamelaiskulttuuria.¹¹⁶ Poronhoitoa koskevat kulttuuriset intressit ovat olleen ristiriidassa muun muassa maankäyttöön, kaivostoimintaan ja poronhoitolakiin sekä porojen teurastusta koskeviin päätöksiin liittyvissä tilanteissa.¹¹⁷ Eräs kiista päättyi YK:n ihmisoikeuskomitean arvioitavaksi KP -sopimuksen 27 artiklan kannalta.¹¹⁸

Härkätaisteluita ja härkien brutaalia vahingoittamista erilaisilla välineillä on arvioitu kulttuurisen puolustuksen näkökulmasta ainakin Brasiliassa¹¹⁹ ja arvatenkin myös Espanjassa, jossa on viime vuosina käyty kiivasta keskustelua härkätaisteluiden merkityksestä kulttuurina suuren osan itsehallintoalueista jo kiellettyä toiminnan. Eläinsuojelun sääntelyä koskee myös edellä mainittu esimerkki uskonnollisista teurastuksista.

3.4 Vaikutukset ja kriteerit

Kulttuurista puolustusta koskevassa keskustelussa on oltu melko yksimielisiä siitä, että rikosoikeudessa tulee jollain tasolla huomioida tekojen kulttuurinen konteksti. Sen sijaan on tulkinnanvaraisempaa ja erimielisempää, miten ja millä perusteella kulttuurin vaikutukset otetaan huomioon. Monet tutkijat vastustavat kulttuurisen puolustuksen konstruointia itsenäiseksi puolustusperusteeksi mm. arvelemalla sen vahvistavan ”me vs. he”-dikotomiaa¹²⁰. Monikulttuurisuuden ja feminismin jännitteitä tutkinut Volpp suhtautuu erittäin kriittisesti kulttuurisen puolustuksen omaksumiseen itsenäisenä puolustusperusteena. Hän katsoo, että kulttuuriset tekijät voidaan huomioida todisteena sosiaalisesta tilanteesta jo Yhdysvaltojen nykylainsäädännön keinoin. Kulttuurisen puolustuksen muodollinen hyväksyminen voisi johtaa hänen mukaansa siihen, että rikosasian

¹¹⁵ Amirthalingam 2009, s.43.

¹¹⁶ KHO 1999:14 ja poronhoitolain esityöt HE 244/1989.

¹¹⁷ KKO 1995:117, KHO 1999:14 ja KHO 2011:13.

¹¹⁸ YK:n ihmisoikeuskomitean päätös asiassa Äärelä ja Näkkäläjärvi v. Suomen valtio (Communication No. 779/1997) Ks. ”Selected Decisions of the Human Rights Committee under the optional protocol” Vol 7 United Nations 2006. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDDecisionsVol7en.pdf>>

¹¹⁹ Silveira 2011, s. 516 - 517.

¹²⁰ Amirthalingam 2009, s.60.

vastaajana olevan maahanmuuttaja saattaisi vedota kulttuuriin puolustaakseen seksuaalisesti alistavia käytäntöjä ja tuomioistuimella olisi paineita hyväksyä tämä monikulttuuristen arvojen kunnioituksen nimissä. Volpp myös kysyy miksi edes ajattelemme, että vieraassa kulttuurissa olisi jotain sellaista niin radikaalisti omasta kulttuuristamme poikkeavaa, että sillä voitaisiin oikeuttaa rikos?¹²¹ Tämä lienee perusteltu kommentti erityisesti vakavia rikoksia koskien, jotka ovat hyvin yleismaailmallisesti kiellettyjä (niin sanotut *mala in se*-rikokset). Lievien ja ei niin moraaliperusteisten rikosten osalta ei kuitenkaan ole yllättävää, että vieraan kulttuurin näkökulmasta teko on oikeutettu koska rikos itsessään voidaan nähdä sosiaalisena ja kulttuurisena konstruktiona.

Toiset, kuten Renteln, taas kannattavat voimakkaasti kulttuurisen puolustuksen nostamista viralliseksi ja itsenäiseksi puolustusperusteeksi kunhan otetaan huomioon tiettyjä varotoimia väärinkäytön ehkäisemiseksi.¹²² Kantansa tueksi Renteln pyrkii kumoamaan vastaargumentteja, kuten riskiä kulttuurisen puolustuksen väärinkäytöstä. Hän on oikeustapausten analyysin avulla pohtinut keinoja väärinkäytön ehkäisemiseksi ja luonut kolmesta kysymyksestä koostuvan testin, jonka avulla kulttuurisen puolustuksen väärinkäyttötilanteet tunnistetaan.¹²³ On kysyttävä:

- 1) kuuluuko asianosainen etniseen ryhmään?
- 2) harjoitetaanko tässä ryhmässä kyseessä olevaa traditiota? ja
- 3) toimiko asianosainen tämän tradition vaikutuksesta?¹²⁴

Selvittämällä vastaukset näihin kysymyksiin tuomioistuin pystyy vähentämään kulttuurista puolustusta koskevia perusteettomia väitteitä. Yksikin kielteinen vastaus viittaisi kulttuurisen puolustuksen väärinkäyttöön. Testin toinen kysymys on erityisen tärkeä koska se arvioi toiminnan *de facto* kulttuurisidonnaisuutta. Lähtökohtaisesti tekijän kulttuuritausta on merkityksetön ja vaikutuksia sille voidaan mahdollisesti antaa vain mikäli se on tosiasiassa yksittäistapauksessa vaikuttanut tekoon, minkä tunnistamiseen kriteeristö pyrkii.

Yhdysvaltalainen oikeustieteen ja filosofian professori Jeremy Waldron on muotoillut oikeusvaltiota ja laillisuusperiaatetta korostavasta *Rule of Law*- näkökulmasta kaksikoh-

¹²¹ Volpp 2000, s.106.

¹²² Renteln 2009, s.61.

¹²³ Renteln 2009, s.61 - 62.

¹²⁴ Renteln 2009, s.64.

taisen kriteeristön kulttuurisia erivapauksia (*cultural exemptions*) koskien.¹²⁵ Ensinnäkin tulee kysyä, onko erivapaudelle ylipäättään tilaa lain tarkoitus huomioiden. Tarkoituksen suhteen on huomioitava, onko se ehdoton vai onko tavoitteena esimerkiksi vain vähentää tietynlaista käytöstä. Toiseksi jos tilaa löytyy, onko oikeudenmukaista antaa se kaikista ihmisistä juuri kyseisen kulttuurisen tai uskonnollisen ryhmän edustajille.¹²⁶ Waldron antaa kysymyksensä toisesta kohdasta esimerkiksi sen, miksi (Yhdysvalloissa) sallitaan sikheille erivapaus olla käyttämättä kypärää (koske heillä on kulttuurinen velvollisuus turbaanin käyttöön) mutta ei Helvetin Enkeleille. Onko oikeudenmukaista, ettei Helvetin Enkeli saa ajaa moottoripyörällään hiukset hulmuten, mutta sikhit saavat jättää kypärän pois?¹²⁷ Vastausta voidaan hakea esimerkiksi siitä omistautumisesta ja sitoutumisesta, jota ihminen tuntee uskonnollisia velvollisuuksiaan ja kulttuurisia normeja kohtaan. Pelko esimerkiksi ikuiseen kadotukseen joutumisesta voi saada ihmisen noudattamaan uskonnollisia velvollisuuksiaan lain rikkomisen kustannuksella.¹²⁸

Waldronin kriteeristöä hyödyntämällä ja perus- ja ihmisoikeuksien punninnalla ”kunnia-väkivalta” (ainakin sen vakavimmissa muodoissa) voidaan nähdä asiaksi, jota kulttuurilla ei voida oikeudellisesti relevantilla tavalla puolustaa niin, että rangaistusvastuu poistuisi. Ihmisen henkeen ja terveyteen kohdistuvien kriminalisointien taustalla oleva suoje-lu-intressi ja lain tarkoitus eivät jätä sijaa poikkeuksille. Ainoa alue, jossa kulttuurinen puolustus voi tämän kaltaisissa rikoksissa vaikuttaa, on rangaistuksen mittaaminen. Toisaalta erityisesti feministinen kritiikki on korostanut, että uhrin oikeuksien kunnioit-taminen edellyttää, että kulttuurisella puolustuksella ei ole sijaa edes rangaistuksen mittaa-misessa.

Hankala kysymys on myös, mikä merkitys rikosten vakavuusasteelle tulee arviossa antaa. Ruotsalainen rikosoikeuden professori Claes Lernestedt kritisoi ansiokkaasti kulttuurista puolustusta kohtaan vallitsevaa yleistä mielikuvaa siitä, että mitä törkeämpi rikos on, sen vähemmän siinä on tilaa kulttuuriselle puolustukselle. Hän toteaa, että yleisesti kulttuurisen puolustuksen ajatellaan olevan ikään kuin hyväntekeväisyyttä tai vapaaehtoista kiltteyttä maahanmuuttajia kohtaan moniarvoisuuden hengessä (mitä se ei ole) ja kun kyseessä on

¹²⁵ A) Is there room for exemption, given the generality of the law’s aim? B) If there is room for exemption, is it fair to give the benefit of that room to the members of this cultural or religious group as opposed to other people in society?

¹²⁶ Waldron 2002, s.19.

¹²⁷ Waldron 2002, s.21.

¹²⁸ Waldron 2002, s.23.

hyvin vakava rikos, ei tilaa tällaiselle ”sympatialle” ole. Lernestedt korostaa, että itse asiassa mitä vakavampi kyseessä oleva rikos on, sen tärkeämpää on syyllisyyden perusteellinen arviointi ja rikosvastuun oikeudenmukainen toteuttaminen sekä se, että syytetyllä on täydet mahdollisuudet vedota puolustusperusteisiin.¹²⁹

Kulttuurinen puolustus ei ole vain rikosoikeudenkäynnissä ilmenevä peruste lieventää teon rangaistusta vaan sillä on merkitystä myös esitutkinnassa sekä monissa muissa oikeudellisissa asioissa. Esimerkiksi perheoikeudellisissa asioissa (kuten avioliiton pätevyyden tutkimisessa) ja turvapaikka-asioissa. Turvapaikan myöntämisestä päätettäessä tuomarien on usein ratkaistava mm. onko henkilöllä perusteltu syy pelätä turvallisuutensa olevan vaarassa mikäli hänet käännytetään kotimaahansa ja kulttuuritekijöillä voi olla tässä arviossa ratkaiseva merkitys, kuten luvussa 3.6 käsiteltävä esimerkkitapaus tulee osoittamaan.

3.5 Kulttuuria koskeva todistelu

Kulttuurisen puolustuksen teoreettinen perusta on, että yksilö käyttäytyy ja ajattelee kulttuurinsa kaavan mukaisesti.¹³⁰ Ongelmaksi voi muodostua sen arvioiminen, milloin henkilön voidaan katsoa toimineen kulttuurinsa sääntelemänä. Tällöin on arvioitava kulttuurin normatiivista luonnetta ja näiden normien sidonnaisuus ja vahvuus vaihtelee huomattavasti kulttuureittain ja on vaikeasti toteen näytettävissä. Todistelun ongelmat ovatkin keskeisiä kulttuurisen puolustuksen käytössä. Foblets ja Renteln pitävät vakavana ongelmana, että tuomioistuimet joutuvat ratkaisemaan kulttuurista asiantuntemusta vaativia konflikteja yhä enemmän vailla riittäviä valmiuksia, kuten etnografian ja muiden kulttuurin analyysien tuntemusta.¹³¹ Etnografia on laadullinen tutkimusmenetelmä, jota käytetään tutkimaan yhteisöjen kulttuurisia järjestelmiä. Se liitetään perinteisesti etenkin (kulttuuri)-antropologiaan ja sosiaalitieteisiin. Etnografian tuntemusta kaivataan nykyään myös oikeustieteen piirissä. Antropologinen ihmisoikeustutkimus onkin lisääntynyt ja tarjoaa välineitä myös kulttuuristen konfliktien tutkimukseen rikosoikeuden kentällä.¹³² Pelkästään

¹²⁹ Lernestedt 2007, s.262.

¹³⁰ Keskustelussa kulttuurinormien vaikutuksesta ihmisen käytökseen on syytä pitää mielessä, että me määrittelemme itse kulttuurimme ja identiteettimme, emmekä ole vain kulttuurin ohjaamia sätkynukkeja. Volpp 2000, s.98.

¹³¹ Foblets & Renteln 2009, s.1-3.

¹³² Halme 2007, s.32.

oikeustieteen metodein ei voida saada riittävästi tietoa kulttuuritaustan vaikutuksen arviointiin. Kulttuurien jatkuva muuttuminen ja kehitys korostavat tarvetta antropologiseen asiantuntemukseen.

Useat *Multicultural Jurisprudence...*- teoksen esseiden kirjoittajat, kuten myös teoksen toimittaneet Renteln ja Foblets ovat sekä oikeustieteen että antropologian asiantuntijoita. Poikkitieteellinen näkökulma syventää merkittävästi monikulttuurisen rikosoikeuden tutkimusta, mutta voi aiheuttaa vaikeuksia tutkimuskohteen rajaamiseen. Liiallinen antropologinen ote voi hankaloittaa käsiteltävän asian juridisen merkityksen hahmottamista ja toisinpäin. Joka tapauksessa tietyn asteinen (kulttuuri)antropologian ymmärtäminen on hyvä pohja ilmiön perusteelliseen tutkimiseen.

Kulttuurien jatkuva muutos aiheuttaa käytännön ongelmia kulttuuria koskevalle todistellulle. Kulttuuri ja rikosoikeus elävät, kehittyvät ja uusiutuvat jatkuvasti. Historian kätköihin poistuneet aiheet saattavat tehdä uuden paluun. Esimerkiksi kaksinnaiminen eli bigamia dekriminalisoitiin Suomessa vuonna 1998 säännöksen oltua voimassa yli sata vuotta.¹³³ Naapurimaissamme bigamian kriminalisoivat säännökset ovat tulleet yllättäen ajankohtaisiksi maahanmuuton ja monikulttuuristuvan yhteiskunnan johdosta. Suomi tulee siis kansainvälisesti luokitelluksi maaksi, joka sallii moniavioisuuden. Tämä voi johtaa erikoisiin tilanteisiin, kun monissa maissa kriminalisoinnin soveltaminen on sidottu kaksoisrangaistavuuden vaatimukseen.¹³⁴

Kulttuurin kehitys aiheuttaa ongelmia kulttuuriseen puolustukseen vetoamisessa myös esimerkiksi siinä, että monien maassa asuvien vähemmistöjen vaalimat kulttuuriset käytännöt ovat peräisin ”ensimmäisen maahanmuuttoaallon” ajalta, ja saattavat näin erota huomattavasti tämän päivän käytännöistä vähemmistön alkuperäisessä kotimaassa. On todettu, että esimerkiksi Yhdysvalloissa jo pitkään asuneiden intialaisyhteisöjen arvot ja tavat kuvastavat vanhaa Intiaa, ja nämä arvot elävät Yhdysvalloissa ikään kuin jäätyneinä, kun taas kulttuuri Intiassa on sittemmin muuttunut merkittävästi. Kehityksessä on vaara, että kulttuurinen tapa, joka on ”vanhentuneena” tai syrjivänä jopa kriminalisoitu kulttuurin alkuperämaassa, nostetaan rikosta puolustelevalksi perusteeksi toisessa maassa.¹³⁵ Toisaalta monet tutkijat korostavat henkilö- ja tapauskohtaisuutta kulttuurisen puolustuksen arvi-

¹³³ Bigamian dekriminalisoinnin perusteena oli se, että Suomen väestörekistereiden täydellisyys ja avioesteen tutkinta estävät tehokkaasti kaksinnaimisen.

¹³⁴ Nuotio 2010, s.141.

¹³⁵ Amirthalingam 2009, s.44.

oinnissa, minkä kannalta toiminnan perustumiselle ”vanhentuneisiin” kulttuurisiin tapoihin ei voida antaa kovin painavaa merkitystä. Myös suomalaisen oikeuskulttuurin arvot muuttuvat kiihtyvällä voimalla. Esimerkiksi vielä 1900-luvun alkuun asti Suomessa naisen aviollinen täysi-ikäisyys oli 15 vuotta ja tänä päivänä kauhistelemme samanikäisen yhteiskunnallisessa kehityksessään jäljessä olevan kulttuurin piiristä saapuneen maahanmuuttajan avioliittoa.

Kulttuurisen puolustukseen vetoamisen käytännön ongelmia pohtinut Renteln on kiinnittänyt huomiota muun muassa siihen, että vastaajan nimeämällä asiantuntijatodistajilla saattaa olla paineita vastaajaa hyödyttävään kulttuurin tulkintaan. Parhaita asiantuntijoita ovat kyseistä kulttuuria edustavat ihmiset, mutta heidän todistuksensa luotettavuutta saattavat horjuttaa monet seikat. Näitä ovat mm. mahdollinen sukulaisuus, tuttavuus, heimolaisuus ym. suhteessa vastaajaan, se että todistajalla saattaa olla muista yhteisön jäsenistä poikkeava näkemys asiaan ja todistajan kulttuurin mukaan esimerkiksi pyhistä asioista kertominen ulkopuolisille voi olla kiellettyä. Lisäksi on luonnollista, että tuomioistuimet kuulevat todistajina mieluummin akateemisesti pätevää asiantuntijaa. Renteln kuitenkin korostaa, että loppujen lopuksi vähemmän tärkeää on keneltä informaatio saadaan, kuin se, että sitä ylipäättään on saatavilla. Ratkaisuksi hän ehdottaa, että täytyisi asiantuntijaryhmien muodostamista joiden asiantuntemusta tuomioistuimet voisivat hyödyntää ratkoessaan tapauksia, joissa vedotaan kulttuuriseen puolustukseen¹³⁶

3.6 Väärinkäyttötilanteet

Maailmalta löytyy lukuisia oikeustapauksia, joissa kulttuurinen puolustus on yritetty rakentaa ilmeisen perusteettomien väitteiden varaan. Yhtenä esimerkkinä perusteettomasta väitteestä Renteln mainitsee tapauksen, jossa Montanassa asuvat marihuanan hallussapidosta ja muista huumerekoksista syytteessä olevat rastafarit vetosivat siihen, että *ganja* kuuluu keskeisesti heidän kulttuurinsa uskonnollisiin rituaaleihin. Oikeus katsoi, että hallussapitoa koskevan syytteen kannalta kulttuuriin vetoaminen on perusteltua, mutta epäili, että rastafarien uskonnollinen vakaumus ei vaadi miljoonien dollareiden huume-farmibisnestä.¹³⁷ Huumeita koskien on myös todettu, että niitä käytetään aina

¹³⁶ Renteln 2009, s.81.

¹³⁷ Renteln 2009, s.70. United States v Bauer , 84 F.3d 1549 (9th Cir.1996).

päihdyttävässä tarkoituksessa, eikä ”uskonnolliselle tarkoitukselle” pitäisi antaa mitään erityistä asemaa.¹³⁸

Eräs esimerkki kulttuurisen todistelun väärinkäytöstä on vilkasta keskustelua ja mediahuomiota Yhdysvalloissa herättänyt ghanalaisen Adelaide Abankwahin tapaus vuodelta 1997¹³⁹. Abankwah kertoi hakevansa turvapaikkaa Yhdysvalloista välttääkseen sukupuoli-elintensä silpomisen, johon hänen paluunsa Ghanaan johtaisi. Hän kertoi maahanmuuttoviranomaisille perineensä heimonsa johtajanaisen paikan äitinsä kuoltua. Vanhan heimo-perinteen mukaan hänen kuuluisi tässä asemassaan olla neitsyt. Kun näin ei ole, olisi hänen sukupuolielimensä perinteen mukaan silvottava puhtauden takaamiseksi ennen kuin hänet naitetaan. Toimittajat, ihmisoikeusaktivistit ja feministit¹⁴⁰ puolustivat kiivaasti Abankwahin oikeuksia ja hänet nähtiin julman kulttuuriperinteen uhrina. Maahanmuuttovirasto¹⁴¹ hylkäsi Abankwahin turvapaikkahakemuksen, koska hän ei ollut esittänyt perusteltua syytä, että hänen turvallisuutensa ja terveytensä vaarantuisi, jos hänet palautetaan Ghanaan.

Muutoksenhakutuomioistuimessa maahanmuuttovirasto toi esiin mm. että Ghanassa, ainakaan siellä päin mistä valittaja oli kotoisin, ei harjoitettu säännöllisesti naisten sukupuolielinten silpomista. Pian sen jälkeen kun Yhdysvaltojen vetoomustuomioistuin antoi päätöksensä turvapaikkahakemuksen hyväksymisestä, paljastui, että Abankwahin väitteet olivat valheellisia ja Abankwahin identiteetti oli varastettu. Ilmeni myös, että kyseistä sukupuolielinten silpomistraditiota ei ollut olemassa väitetyllä tavalla, eikä kyseinen henkilö edes kuulunut heimon hallitsijaperheeseen.¹⁴² Ghanan hallitus oli vihainen, että näin vakavat väitteet oli uskottu ilman niiden kyseenalaistamista ja hallituksen edustaja kehotti muiden valtioiden hallituksia varovaisuuteen arvioitaessa maahanmuuttajien väitteitä. Ghanan viranomaiset olivat yllättyneitä siitä, miten viranomaiset ja naisasialiike Yhdysvalloissa uskoivat väitteet ilman, että niiden todenperäisyys olisi varmistettu riittävällä tutkinnalla Ghanassa.

Yksi selitys sille, miten huijaus pääsi onnistumaan, on että tuomarit eivät uskalla kyseenalaistaa tämän kaltaisia väitteitä rasistisen leimautumisen pelossa. Tapaus vaikutti nega-

¹³⁸ Waldron 2002, s.8.

¹³⁹ Abankwah v INS, 183 F3d 18;1999 Us App LEXIS 15545.

¹⁴⁰ mm. presidentin vaimo Hillary Clinton ja näyttelijä Julia Roberts.

¹⁴¹ Immigration and Naturalization Service.

¹⁴² Danson tuomittiin lopulta vankeuteen ja sakkoihin mm. väärästä valasta ja petoksesta, ja rangaistuksen suoritettuaan hänet palautettiin Ghanaan.

tiivisesti niihin naisiin, joiden turvapaikkahakemuksille on asianmukaiset perusteet. Se aiheutti myös julkista epäluottamusta kulttuuriseen puolustukseen vetoamiseen yleisesti. Tapaus on hyvä esimerkki siitä, miten kulttuuriperusteita voidaan käyttää väärin ja että nämä perusteet olisi aina tarkistettava asianmukaisella tutkinnalla.¹⁴³

¹⁴³ Renteln 2009, s.74. Ks. myös EIT:n ratkaisut koskien tyttöjen ympärileikkausta: Izevbekhai v. Ireland (no.43408/08) ja Omeredo v. Austria (no.8969/10).

OSA II: KULTTUURISET OIKEUDET JA SUOMEN RIKOSLAIN VASTUUVAPAUSPERUSTEIDEN TULKINTA

Tähän asti olen tutkielmassa käsitellyt kulttuurisen puolustuksen teoreettista taustaa. Tutkielman toisessa osassa keskityn kulttuuriseen puolustukseen käytännöllisemmällä ja lainopillisemmalla tasolla. Käsittelen ensin kulttuurisia ja vähemmistöjen oikeuksia sekä muita kulttuurisen puolustuksen kannalta keskeisiä ihmisoikeuksia koskevaa kotimaista ja kansainvälistä sääntelyä. Sitten esittelen vastuuvapausperusteita ja muuta rangaistuksen määräämistä koskevaa sääntelyä. Perusteista nostan esiin erityisesti provokaation ja kieltoerehdyksen. Oma lukunsa on poikien ei-lääketieteellisistä ympärileikkauksista ja ennakkotapauksesta KKO 2008:93, jossa korkeimman oikeuden voidaan katsoa luoneen uuden lakiin perustumattoman oikeuttamisperusteen kulttuuristen syiden pohjalta. Tapaus pohjustaa perus- ja ihmisoikeuspunnintaa kulttuurisen puolustuksen näkökulmasta. Viimeisessä luvussa esittelen tärkeimmät johtopäätökset.

4. KULTTUURISET OIKEUDET

Kulttuurisilla oikeuksilla tarkoitetaan yleensä kaikkia perus- ja ihmisoikeuksia, jotka koskevat kulttuuriin harjoittamista. Kulttuuriset oikeudet ovat verrattain uusi ilmiö, jonka synnyn taustalla voidaan nähdä irtautuminen nationalistisesta aateperinnöstä, kansainvälinen muuttoliike, uusien vähemmistöryhmien synty sekä kansallisten vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen olemassaolon tunnustaminen.

Kulttuurista puolustusta äänekkäästi puolustanut Renteln tulkitsee, että lukuisissa ihmis-oikeussopimuksissa turvattu oikeus omaan kulttuuriin tarkoittaa vähintäänkin, että maahan muuttaneella henkilöllä on oikeus kertoa oikeudelle lain kanssa ristiriitaisen käytöksensä motiiveista. Oikeus omaan kulttuuriin pitää näin ollen sisällään oikeuden kulttuuriseen puolustukseen.¹⁴⁴ Renteln korostaa kulttuurisen puolustuksen luonnetta kulttuuria koske-

¹⁴⁴ Renteln 2009, s.62 - 63.

vien ihmisoikeuksien toteuttamisessa, mutta huomauttaa, että oikeuden käyttö ei saa johtaa muiden ihmisoikeuksien vaarantumiseen.¹⁴⁵

Kun suojataan kulttuuria on tärkeää huomata, että kyse ei ole vain ajatusten, arvojen tai asenteiden suojasta vaan suojan kohteena on kulttuuri sosiaalisesti velvoittavana normijärjestelmänä ja tosiasiallisena elämäntapana. Tämä erottaa kulttuuriin pohjautuvat argumentit puhtaasti vain esimerkiksi ajatuksen ja toiminnanvapauteen perustuvista näkemyksistä, joiden perusteella erilaisia erivapauksia saatetaan vaatia.¹⁴⁶ Kulttuuri vaikuttaa yksilön käytökseen, vaikuttimiin ja motiiveihin syvästi ja usein tiedostamatta¹⁴⁷

4.1 Kotimainen sääntely

Kulttuuri näkyy lainsäädännössä monessa asiassa. Lailla määritellään esimerkiksi valtakiel(t)en asemaa, kirkon ja valtion välistä suhdetta, etnisten ja kulttuuristen vähemmistöjen asemaa sekä yksilöiden ja yhteisöjen kulttuurisia oikeuksia ja yhteiskunnan velvollisuuksia vähemmistöjä kohtaan. Kulttuurisia oikeuksia koskeva säännös otettiin Suomessa lakiin vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä.

PL 17 §

Oikeus omaan kieleen ja kulttuuriin

Suomen kansalliskielet ovat suomi ja ruotsi.

Jokaisen oikeus käyttää tuomioistuimessa ja muussa viranomaisessa asiassaan omaa kieltään, joko suomea tai ruotsia, sekä saada toimituskirjansa tällä kielellä turvataan lailla. Julkisen vallan on huolehdittava maan suomen- ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista samanlaisten perusteiden mukaan.

Saamelaisilla alkuperäiskansana sekä romaneilla ja muilla ryhmillä on oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Saamelaisten oikeudesta käyttää saamen kieltä viranomaisessa säädetään lailla. Viittomakieltä käyttävien sekä vammaisuuden vuoksi tulkitsemis- ja käännösapua tarvitsevien oikeudet turvataan lailla.

¹⁴⁵ Renteln 2009, s.82.

¹⁴⁶ Waldron 2002, s.24.

¹⁴⁷ Renteln 2009, s.62.

Ryhmien oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kulttuuriaan saa näin perustuslaintasoista suojaa. Pykälän soveltamisalan rajausta on jätetty kulttuuristen ryhmien kohdalla avoimeksi käytetyllä ilmaisulla ”ja muilla ryhmillä”. Lain esitöiden mukaan muilla ryhmillä tarkoitetaan lähinnä kansallisia ja etnisiä vähemmistöjä. Erikseen pykälän perusteluissa mainitaan juutalaiset ja tataarit, joilla on suomalaisina vähemmistöryhminä pitkät perinteet, mutta todetaan säännöksen koskevan myös muita kuin perinteisiä ryhmiä. Ryhmiltä edellytetään tiettyä kiinteyttä ja pysyvyyttä. Kohderyhmän todetaan olevan pitkälti sama kuin kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa käytetty käsite ”minority”.¹⁴⁸ Kulttuuristen oikeuksien suojan kannalta on merkittävää, että hallituksen esityksen perustelujen mukaan säännös ei ainoastaan velvoita julkista valtaa sallimaan vaan myös tukemaan siinä tarkoitettujen ryhmien kielen ja kulttuurin kehittämistä. Säännöksen tulkinta menee siis pidemmälle kuin mitä Suomen ratifioimat kulttuurisia oikeuksia koskevat kansainväliset sopimukset edellyttävät.

Heti vähemmistökulttuurien tukemista koskevan virkkeen perään hallituksen esityksessä näitä oikeuksia myös rajataan: ”Toisaalta säännös ei merkitsisi siinä tarkoitettujen ryhmien oikeutta omaan kulttuuriinsa vedoten poiketa suomalaisen oikeusjärjestyksen asettamista säännöistä”. Tämä toteamus jää melko ylimalkaiseksi, mutta osoittaa teoriassa selvän rajan sille, kuinka pitkälle kulttuuristen oikeuksien suoja ulottuu. ”Oikeusjärjestyksen asettamalla säännöillä” tarkoitetaan todennäköisesti kaikkea niin rikos- kuin muutakin oikeussäätelyä, mutta kuten tässä tutkielmassa osoitetaan kulttuuriperusteilla on sääntöjen käytännön tulkinnassa oleellinen merkitys.

Suomalaiseen monikulttuurisuuteen perehtynyt erikoistutkija Pasi Saukkonen viittaa tuoreen Oikeus- lehdessä ilmestyneen artikkelinsa otsikolla ”Suomi- Euroopan multikulturalistisin maa” tutkimukseen, jonka mukaan Suomi on yksi Euroopan myönteisimmin vähemmistöihin ja niiden kulttuuriin oikeuksiin suhtautuvista maista, ehkä jopa kaikkein multikulturalistisin. Kyse on Keith Bantingin ja monikulttuurisuuden tunnetuimpiin tutkijoihin kuuluvan Will Kymlickan toimesta Kanadassa kehitetystä indeksistä (*Multiculturalism Policy Index*) joka koskee eri maiden alkuperäiskansojen, maahanmuuttajaryhmien ja kansallisten vähemmistöjen tilannetta useilla indikaattoreilla mitattuna. Indeksi ottaa huomioon mm. monikulttuurisuuden virallisen tunnustamisen poliittisessa tai oikeudellisessa järjestelmässä, multikulturalismin sisällyttämisen koulujen opetus-

¹⁴⁸ HE309/1993 ”Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta” Yksityiskohtaiset perustelut/ laki Suomen hallitusmuodon muuttamisesta 14 §. (nykyään PL 17 §).

ohjelmiin, valtakielestä poikkeavan äidinkielen opetuksen sekä etnisten ryhmien omien kulttuuristen aktiviteettien tukeminsn.¹⁴⁹ Suomen asema indeksissä on noussut erityisesti edellisestä vertailuvuodesta 2000 nyt tutkittuun vuoteen 2010.

Saukkonen määrittelee multikulturalismin seuraavasti:

”Multikulturalismilla tarkoitetaan yleisesti ottaen sellaista vähemmistö- ja kotouttamispoliittista lähestymistapaa, joka on vastakohtana vähemmistöjen ja maahanmuuttajien sulautumiseen tähtäävälle assimilaatiopolitiikalle. Multikulturalismissa tunnustetaan yhteiskunnan sisältämä etninen ja kulttuurinen monimuotoisuus, ja siihen suhtaudutaan vähintään neutraalisti tai jopa myönteisesti”¹⁵⁰

Väitteet Suomesta vahvan multikulturalistisena maana vaikuttavat yllättäviltä ja Saukkonen selvittääkin artikkelissaan, kuinka todellisuus poikkeaa tästä lähinnä lainsäädäntöön ja poliittis-hallinnollisiin järjestelyihin ja tulkintoihin nojaavasta tuloksesta. Saukkosen artikkelin tarkoituksena onkin kiinnittää huomiota teorian ja todellisuuden, periaatteiden ja käytännön väliseen eroon.¹⁵¹

Kansallisena vähemmistöryhmänä saamelaisilla on lainsäädännöllä tunnustettu erityinen asema Suomessa. Edellä mainitun PL 17 §:n lisäksi heidän asemaansa sääntelee PL 121.4 § ”Saamelaisilla on saamelaisten kotiseutualueella kieltään ja kulttuuriaan koskeva itsehallinto sen mukaan kuin lailla säädetään.” Itsehallinto toteutuu saamelaiskäräjien muodossa, jota koskee laki (974) ja asetus (1727/1995). Saamen kieltä koskee myös oma lakinsa (1086/2003), jonka tarkoitus on turvata PL 17 §:n oikeuksia omaan kieleen ja kulttuuriin. Toinen merkittävä vähemmistöryhmä Suomessa ovat romanit, jotka myös mainitaan PL 17 §:ssä, mutta joita koskevaa erityislainsäädäntöä ei ole. Romanien kulttuurisista oikeuksista on kuitenkin otettu säännöksiä koululainsäädäntöön, päivähoitoasetukseen sekä yleisradion toimintaa koskevaan lakiin.

Kulttuurisia oikeuksia säännellään myös muutamissa erityislaeissa. Yleisradiota koskevan lain (1380/1993) 7 §:n 5-kohdan mukaan julkisen palvelun ohjelmatoiminnan tulee erityisesti ”tukea suvaitsevaisuutta ja monikulttuurisuutta sekä huolehtia ohjelmatarjonnasta myös vähemmistö- ja erityisryhmille”. Myös peruskoulun valtakunnallisessa opetussuunni-

¹⁴⁹ Saukkonen 2012, s.229 Ks. tutkimuksesta tarkemmin Queens’ n yliopiston sivuilta ”Multiculturalism Policies in Contemporary Democracies” <www.queensu.ca/mcp>.

¹⁵⁰ Saukkonen 2012, s.229. Multikulturalismin merkityksestä ks. myös Silveira 2011, s.509 - 510.

¹⁵¹ Saukkonen 2012, s.238.

telmassa monikulttuurisuutta korostetaan. Opetussuunnitelman mukaan opetuksessa otetaan huomioon mm. kansalliset vähemmistöt ja suomalaisen kulttuurin monipuolistuminen myös eri kulttuureista tulevien maahanmuuttajien myötä. Opetuksen avulla myös tuetaan oppilaan oman kulttuuri-identiteetin rakentumista ja edistetään myös suvaitsevaisuutta ja kulttuurien välistä ymmärrystä.¹⁵²

PL 17 §:n ja sen esitöiden, saamelaisia koskevan erityislainsäädännön sekä multikulturalismia koskevan tutkimuksen ja sitä tukevien lukuisten mainintojen muussa lainsäädännössä perusteella voidaan sanoa, että lainsäädännön tasolla kulttuuriset oikeudet ovat varsin hyvin turvatut Suomessa. Esimerkiksi virallinen kaksikielisyys ja uskontopoliittinen järjestely, joka tunnustaa evankelis-luterilaisen kirkon rinnalla ortodoksisen kirkon aseman (laki 985/2006) ovat Suomelle omaleimaisia multikulturalistisia piirteitä. Kotimainen sääntelyimme kulttuurisista oikeuksista on vahvalla pohjalla, mikä vahvistaa kulttuuriperusteiden oikeudellista merkitystä myös rikosoikeudessa.

4.2 Kansainvälinen sääntely

Kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa kulttuurisia oikeuksia koskee etenkin

Yhdistyneiden Kansakuntien (YK) kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan sopimuksen (KP-sopimus) 27 artikla, jonka mukaan:

”Niissä valtioissa, joissa on kansallisia, uskonnollisia tai kielellisiä vähemmistöjä, tällaisiin vähemmistöihin kuuluvilta henkilöiltä ei saa kieltää oikeutta yhdessä muiden ryhmänsä jäsenten kanssa nauttia omasta kulttuuristaan, tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan tai käyttää omaa kieltään.”

Säännöksen sanamuodosta ”ei saa kieltää” ei voida johtaa valtiolle kovin aktiivisia velvollisuuksia kulttuuristen oikeuksien suojeluun, mutta säännös on ollut tärkeä oikeuskäytännössä tilanteissa, joissa kansallisten säännösten soveltaminen on johtanut kulttuuristen oikeuksien polkemiseen.¹⁵³

Alueellisilla järjestöillä, kuten Euroopan neuvostolla (EN) on ihmisoikeuspolitiikassa yleismaailmallista tasoa täydentävä rooli. Alueellisella tasolla voidaan pyrkiä etenemään myös sellaisissa kysymyksissä, joissa YK:n tasolla ei päästä eteenpäin. Toistaiseksi ainoa

¹⁵² ”Perusopetuksen opetussuunnitelman perusteet” Opetushallitus 2004, s.5.

¹⁵³ Ks. Suomea koskeva ratkaisu alaviitteessä 118.

erityisesti vähemmistöjen oikeuksia koskeva oikeudellinen instrumentti on neuvoteltu EN:n piirissä. Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimus hyväksyttiin EN:n ministerikomiteassa marraskuussa 1994. Suomi on ollut sopimuksen osapuolena sen voimaantulosta v. 1998 lähtien.¹⁵⁴ Sopimuksen 4(1) artiklan mukaan: ”Sopimuspuolet sitoutuvat takaamaan kansallisiin vähemmistöihin kuuluville henkilöille oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä ja tasavertaiseen lain suojaan.”

Puiteyleissopimus on ensimmäinen oikeudellisesti sitova kansainvälinen asiakirja, joka koskee nimenomaisesti kansallisten vähemmistöjen suojelua. Vähemmistöjen oikeudellinen asema on saatettava sopimuksen mukaiseen tilaan kansallisella lainsäädännöllä, hallintokäytäntöä muuttamalla tai tekemällä kahden- tai monenvälisiä sopimuksia. Sopimusvaltiot raportoivat täytäntöönpanosta säännöllisesti EN:lle, jonka ministerikomitea valvoo täytäntöönpanoa. Suomen hallituksen helmikuussa 2010 ilmestyneessä määräaikaissäätöraportissa on kiinnitetty huomiota muun muassa romanilasten koulunkäyntiongelmiin ja romanien huonoon työllisyystilanteeseen.¹⁵⁵

4.3 Muut kulttuuria koskevat perus- ja ihmisoikeudet

Monikulttuurisen rikosoikeuden tematiikka liittyy vahvasti ihmisoikeuksiin. On korostettu, että monet tärkeät oikeusperiaatteet, ihmisoikeudet ja yhdenvertaisuus vahvistavat kulttuurisen puolustuksen merkitystä.¹⁵⁶ Kulttuurisen puolustuksen perusteena oleviin kulttuuriin käytäntöihin ja tapoihin on usein liitettävissä useita ihmisoikeuksia ja on tärkeää, että myös oikeudellinen ratkaisutoiminta pohjautuu huolelliseen perus- ja ihmisoikeuksien punnintaan, missä ihmisoikeustutkimuksella on tärkeä rooli. Edellä esiteltyjen varsinaisten kulttuuria koskevien oikeuksien lisäksi kulttuuriin liittyviä oikeuksia ovat etenkin uskonnon vapaus ja yksityis- ja perhe-elämän suoja.

Myös prosessuaaliset oikeudet kuten oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on merkittävä kulttuurista puolustusta koskien. Oikeus vedota puolustuksessa ja saada asianmukaisesti huomioiduksi tekoon vaikuttaneet kulttuuriset syyt voidaan johtaa oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. ”Oikeudenmukaisuuden” tulkinnan lisäksi kulttuu-

¹⁵⁴ Suomen säädöskokoelman sopimussarjan 1-2/1998.

¹⁵⁵ Raportti vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen täyt. panosta 2010.

¹⁵⁶ Renteln 2009, s.62.

risen puolustuksen kannalta keskeisimmät kyseiseen oikeuteen sisältyvät lukuisissa kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa ilmaistut periaatteet koskevat syyttömyys-olettamaa ja yhdenvertaisuutta.¹⁵⁷ Syyksilukeminen edellyttää menettelyä, joka takaa epäillylle todelliset mahdollisuudet torjua puolustautumalla häneen kohdistuvat epäilykset. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6(2) artiklan mukaan ”jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen”. YK:n KP- sopimuksessa on lähes identtinen säännös syyttömyys-olettamasta.¹⁵⁸ KP- sopimuksessa myös korostetaan ihmisten yhdenvertaisuutta tuomioistuimen edessä. Prosessuaalisten oikeuksien kannalta on merkittävää, että vaikka kulttuurisella puolustuksella ei olisi vaikutusta jutun lopputulokseen, ei lopputulos voi olla oikeudenmukainen, jos oikeudenkäynti ei sitä ole ollut. Seuraavaksi esittelen lyhyesti uskonnon vapauden ja perhe- ja yksityiselämän suojan sääntelyä.

4.3.1 Uskonnon vapaus

PL 11 §

Uskonnon ja omantunnon vapaus

Jokaisella on uskonnon ja omantunnon vapaus.

Uskonnon ja omantunnon vapauteen sisältyy oikeus tunnustaa ja harjoittaa uskontoa, oikeus ilmaista vakaumus ja oikeus kuulua tai olla kuulumatta uskonnolliseen yhdyskuntaan.

Kukaan ei ole velvollinen osallistumaan omantuntonsa vastaisesti uskonnon harjoittamiseen.

Uskonnon vapautta perusoikeutena täsmennetään uskonnonvapauslailla (2003/453) ja suojataan myös rikoslain säännöksillä uskonrauhan rikkomisesta ja uskonnonharjoituksen estämisestä (RL 17:10 ja 11 §).

EIS 9 artikla

Ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapaus

1. Jokaisella on oikeus ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapauteen. Tämä oikeus sisältää vapauden vaihtaa uskontoa tai uskoa ja vapauden tunnustaa uskontoaan tai uskoaan joko yksin tai yhdessä muiden kanssa julkisesti tai yksityisesti jumalanpalveluksissa, opettamalla, hartaudenharjoituksissa ja uskonnollisin menoin.

2. Henkilön vapaudelle tunnustaa uskontoaan tai uskoaan voidaan asettaa vain sellaisia rajoituksia, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa

¹⁵⁷ Yhdenvertaisuutta käsitellään luvussa 2.3

¹⁵⁸ YK:n KP-sopimuksen 14(2) artikla ”Jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus tulla pidetyksi syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti toteen näytetty.”

yhteiskunnassa yleisen turvallisuuden vuoksi, yleisen järjestyksen, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä uskonnon harjoittamisen ja tunnustamisen muotoina pidetään muun muassa uskoa ilmaisevia erilaisia seremoniallisia menoja ja osallistumista tiettyyn elämänvaiheeseen kuuluviin uskonnollisiin rituaaleihin.¹⁵⁹

YK:n KP-sopimuksen 18 artikla

1. Jokaisella on oikeus ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapauteen. Tämä oikeus sisältää vapauden tunnustaa omavalintaista uskontoa tai uskoa taikka omaksua se sekä vapauden joko yksinään tai yhdessä muiden kanssa julkisesti tai yksityisesti harjoittaa uskontoaan tai uskoaan jumalanpalveluksissa, uskonnollisissa menoissa, hartaudenharjoituksissa ja opetuksessa.
2. Ketään ei saa saattaa sellaiselle pakotukselle alttiiksi, joka rajoittaa hänen vapauttaan tunnustaa tai valita oman valintansa mukainen uskonto tai usko.
3. Henkilön vapaudelle tunnustaa uskontoaan tai uskoaan voidaan asettaa vain sellaisia rajoituksia, jotka on säädetty lailla ja jotka ovat välttämättömiä suojelemaan yleistä turvallisuutta, järjestystä, terveydenhoitoa tai moraalialta tai muiden perusoikeuksia ja -vapauksia.
4. Yleissopimuksen sopimusvaltiot sitoutuvat kunnioittamaan vanhempain ja tarvittaessa laillisten holhoojain vapautta taata lastensa uskonnollinen ja moraalinen opetus omien vakaumustensa mukaan.

4.3.2 Perhe- ja yksityiselämän suoja

Kulttuuriset tekijät liittyvät usein yksityisyyteen ja kulttuuristen tapojen ja käytäntöjen harjoittamiseen perheen kesken, jolloin yksityis- ja perhe-elämän suojalla on arvioinnissa painava merkitys.

EIS 8 artikla

Oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta

1. Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.
2. Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

¹⁵⁹ Lavapuro 2010, s.123, KKO 2008:93 perustelujen kohta 16.

8 artiklasta on tullut yksi eniten sovelletuista EIS:n sopimusmääräyksistä. Myös Suomea koskevista EIT:n käsittelemistä tapauksista huomattavan suuri osa on koskenut juuri perhe- ja yksityiselämän suojaa.

YK:n KP-sopimuksen 17 artikla

1. Kenenkään yksityiselämään, perheeseen, kotiin tai kirjeenvaihtoon ei saa mielivaltaisesti tai laittomasti puuttua eikä suorittaa hänen kunniaansa ja mainettaan loukkaavia hyökkäyksiä.
2. Jokaisella on oikeus lain suojaan tällaista puuttumista tai tällaisia hyökkäyksiä vastaan.

Yleissopimuksella lapsen oikeuksista tarkennetaan näiden oikeuksien kuuluvan myös lapsille.¹⁶⁰ Jäljempänä käsiteltävässä tapauksessa KKO 2008:93 pohdittiin laajasti uskonnon vapauden suojan ulottuvuuksia.

¹⁶⁰ YK:n lapsen oikeuksien yleissopimus 16 artikla

5. VASTUUVAPAUSPERUSTEET

Tässä luvussa esittelen ja pyrin tulkitsemaan Suomen rikosoikeuden vastuuvapausperusteita koskevaa sääntelyä erityisesti kulttuurisen puolustuksen näkökulmasta. Vastuuvapausperusteilla viitataan yleensä kaikkiin poikkeuksellisiin seikkoihin, joilla rikosvastuu voidaan poistaa. Pohjustan aihetta ensin lyhyesti vastuupin, syyllisyysperiaatteen ja rangaistuksen määrittämisestä koskevien säännösten yleisellä käsittelyllä. Perusteista nostan esiin kieltoerehdyksen ja provokaatioon liittyvät tilanteet. Vastuuvapausperusteita koskevan sääntelyn lähtökohta on antaa lainsäädännössä mahdollisuus välttää ilmeisen kohtuuttomia ratkaisuja.¹⁶¹ Kulttuurisen puolustuksen omaksumisen vaikeuksien on katsottu johtuvan ehkä siitä, ettei keskustelussa ole osoitettu riittävästi kiinnostusta rikoslain yleisen osan sääntöihin kuten vastuuvapausperusteisiin.¹⁶²

5.1 Syyllisyysperiaate ja rangaistuksen oikeutus

Syyllisyysperiaate pohjautuu ihmisarvon loukkaamattomuuden vaatimukselle ja on keskeinen lähtökohta kulttuuriselle puolustukselle.¹⁶³ PL 1.2 §:n mukaan ”Valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa”. Syyllisyysperiaate tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, ettei syytöntä saa rangaista. Periaatteesta johdetaan objektiivisen rangaistusvastuun kielto eli se, että rangaistus seuraa vain syyksiluettavista, tahallisista tai tuottamuksellisista teoista. Syyllisyysperiaatteesta johdetaan myös normatiivisessa syyllisyysajattelussa moitteen edellytyksenä oleva toisintoimimismahdollisuus. Mikäli tekijän ei kohtuudella olisi voitu olettaa toimivan toisin, ei hän ansaitse moitetta teostaan.¹⁶⁴

Rikosoikeus ei perustu oletukseen, että ihmiset kykenevät aina noudattamaan tarkoin lakia. Tämä ilmenee siinä, että syyllisyys edellyttää moitittavuutta, jonka määrä vaikuttaa rangaistukseen. Moitittavuuden arviointi on vahvasti sidoksissa kulttuuriin tekijöihin, arvovalintoihin ja yleiseen asenneilmapiiriin, jotka eivät ole staattisia ilmiötä vaan jatkuvassa muutoksessa. Tästä syystä näistä rikosoikeuden rakenteissa piilevistä tekijöistä

¹⁶¹ HE 44/2002.

¹⁶² Lernestedt 2007, s.254.

¹⁶³ Ks. syyllisyysperiaatteesta Frände 2005, s.183 - 186.

¹⁶⁴ Hahto 2004, s. 372.

olisi syytä puhua avoimemmin ja keskustelussa kulttuurisesta puolustuksesta on vaadittu, että rikosoikeuden syyllisyysoppi olisi määriteltävä uudelleen vastaamaan uutta normien ja arvojen moninaisuutta¹⁶⁵.

Kulttuurisen puolustuksen doktriinissa on tärkeää erottaa pohdinnat yksilöiden rankaisemisesta yleisellä tasolla ja toisaalta yksittäisen rangaistuksen oikeutuksesta. Rangaistusteorioiden jaetaan perinteisesti sovitusteorioihin (retributivismi) ja preventioteorioihin (utilitarismi). Se, onko rangaistuksen tarkoitus sovitus vai preventio, on rikosoikeuden klassisimpia kysymyksiä. Sovitusteoreettisessa näkökulmassa kiinnitetään huomiota muun muassa siihen, että rangaistus vastaa yleisen oikeustajun vaatimuksia kun taas preventioteorioissa keskitytään rangaistuksen hyötyvaikutuksiin yhteiskunnalle. Preventioteorioiden leimanneet rikosoikeudellista diskurssia, minkä on pelätty johtavan siihen, että perimäinen kysymys yksilölle langetettavan rangaistuksen moraalista oikeutuksesta jää yhteisön etujen varjoon.¹⁶⁶ Molemmilla rangaistusteorioilla on annettavaa rikosoikeudelle. Preventioteorioiden voidaan huomioda etenkin kriminalisoinnista päätettäessä kun taas sovitusteorioiden korostuvat itse rangaistuksesta päätettäessä.

Rankaisemisen oikeutus perustuu normien rikkomiseen ja oikeuksien loukkauksiin ja tekijän saama rangaistus hänen moraaliseen syyllisyyteensä. Sovitusteorian mukaan rangaistuksen oikeutusta tutkitaan kahdelta kannalta. Ensinnäkin otetaan huomioon moraalinen syyllisyys eli onko rangaistus ylipäättään oikeutettu. Toiseksi katsotaan, kuinka kova rangaistus on oikeutettu huomioiden teon vaikutukset. Ensimmäinen kysymys on jäänyt toisen, *lex talliones*-periaatteeksi kutsutun, varjoon. Kysymys siitä, onko rangaistus ylipäättään oikeutettu on siis jäänyt vähemmälle huomiolle kuin kysymys siitä, kuinka ankara rangaistus on oikeutettu.¹⁶⁷ Tämä saattaa osaltaan selittää vastahakoisuutta kulttuurista puolustusta kohtaan.

¹⁶⁵ Amirthalingam 2009, s.60.

¹⁶⁶ Amirthalingam 2009, s.37 - 38. Amirthalingam huomauttaa, että ongelma on erityisen korostunut syyskuun 11. päivän tapahtumien jälkeisenä pelon aikakautena. Terrorismin pelko on saanut liberaalitkin valtiot säätämään lakeja, jotka polkevat yksilön oikeuksia ja vapauksia ja etenkin kulttuuriset vähemmistöt joutuvat kärsimään näistä toiminnoista.

¹⁶⁷ Amirthalingam 2009, s.39. Ks. yleisemmin rikosvastuun taustalla olevista periaatteista Duff 2007.

5.2 Yleistä rangaistuksen määräämisestä

Teon moitittavuutta alentavat (mutta eivät sitä kokonaan poistavat) seikat otetaan huomioon suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rangaistusta alentavana tekijänä.

RL 6:4

Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.

Tekijää moititaan käyttäytymisestään, mutta syyllisyyden aste voi olla korkeampi tai matalampi. Lakiteksti jakaa syyllisyyden teon vaikuttimiin ja tekijän rikoksesta ilmenevään syyllisyyteen. Frände toteaa, että vaikutin liittyy vahvasti tekijän tahallisuuteen mutta ei osu sen kanssa täydellisesti yhteen. Yleisen yhteiskuntamoraalin näkökannalta vaikuttimet voidaan usein luokitella tietynlaisella moitittavuusasteikolla. Esimerkiksi henkilöllä, joka kavaltaa rahaa voidakseen auttaa köyhiä sukulaisiaan, on ”parempi” vaikutin kuin sillä, joka tekee kavalluksen voidakseen rahoittaa pitkän lomamatkan.¹⁶⁸ Kulttuuriset vaikuttimet voidaan huomioida rangaistusta alentavasti tämän yleisen rangaistuksen mittaamista koskevan säännöksen nojalla.

Tuomitsematta jättämistä voidaan pitää kaikkein lievimpänä tuomioistuimen käytössä olevana rangaistusvaihtoehtona, vaikka oikeastaan kyse on siitä, että rangaistusta ei tuomita lainkaan.

RL 6:12

Rangaistuksen tuomitsematta jättäminen

Tuomioistuin saa jättää rangaistuksen tuomitsematta, jos:

- 1) rikosta on sen haitallisuuteen tai siitä ilmenevään tekijän syyllisyyteen nähden pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisenä;
- 2) tekijä on tehnyt rikoksensa alle 18-vuotiaana ja teon katsotaan johtuneen ymmärtämättömyydestä tai harkitsemattomuudesta;
- 3) rikos on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä anteeksiannettavaan tekoon rinnastettava;
- 4) rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksettomana erityisesti, kun otetaan huomioon edellä 6 §:n 3 kohdassa ja 7 §:ssä tarkoitetut seikat tai sosiaali- ja terveydenhuollon toimet; taikka

¹⁶⁸ Frände 2005, s.408.

5) rikos ei yhteisen rangaistuksen määräämistä koskevien säännösten johdosta olennaisesti vaikuttaisi kokonaisrangaistuksen määrään.

Seuraavassa alaluvussa käsitellään anteeksiantoon perustuvaa tuomitsematta jättämistä, joka edellyttää, että tekijältä ei kohtuudella olisi voitu edellyttää muunlaista suhtautumista. Rangaistuksen lieventämisperusteiden kautta voidaan huomioda tätä vähäisemmätkin tilanteet. Osa moitittavuutta vähentävistä seikoista on kirjattu rangaistuksen lieventämisperusteiksi, joita RL 6:6 mukaan ovat:

- 1) rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava painostus, uhka tai muu sen kaltainen seikka;
- 2) rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto taikka poikkeuksellinen ja äkki-
arvaamaton houkutus, asianomistajan poikkeuksellisen suuri myötävaikutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia;
- 3) tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto, tekijän muu pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka hänen pyrkimyksensä edistää rikoksensa selvittämistä
- 4) 8 §:n 1 ja 3 momentissa mainitut perusteet.¹⁶⁹

Rikoksen tekeminen olosuhteissa, jotka muistuttavat läheisesti vastuuvapausperusteiden soveltamiseen johtavia olosuhteita, voi toimia sekä rangaistuksen lieventämisperusteena (RL 6:6 4- kohta) että rangaistusasteikon alentamisen perusteena (RL 6:8.1 4- kohta).

5.3 Vastuuvapausperusteet

Vastuuvapausperusteilla viitataan yleensä kaikkiin poikkeuksellisiin seikkoihin, joilla rikosvastuu voidaan poistaa. On olemassa sekä lakiin kirjoitettuja, että tapaoikeuteen ja oikeuskäytäntöön perustuvia vastuuvapausperusteita. Rikoslain 4-luvussa säädetään vastuuvapausperusteista, jotka rikosoikeusteoriassa erotellaan oikeuttamisperusteisiin ja anteeksiantoperusteisiin.¹⁷⁰ Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteita ei ole säännelty laissa tyhjentävästi, vaan niihin rinnastettavia vastuuvapausperusteita voi olla käsillä myös muissa kuin laissa nimenomaan mainituissa tapauksissa. Tunnusmerkistön mukainen teko on pääsäännön mukaan oikeudenvastainen eli kielletty. Voidaan sanoa, että

¹⁶⁹ mm. nuoruus, yritys, avunanto ja rikoksen tekeminen ”olosuhteissa, jotka läheisesti muistuttavat vastuuvapausperusteiden soveltamiseen johtavia olosuhteita”.

¹⁷⁰ Näiden välistä eroa selkiytetty vuoden 2003 uudistuksen yhteydessä (laki 515/2003) HE 44/2002.

tunnusmerkistön mukaisuus presumoi oikeudenvastaisuuden.¹⁷¹ Kysymys teon oikeudenvastaisuudesta ratkaistaan aina ensin ja vasta sitten voidaan tutkia onko käsillä vastuuvapausperusteita.

Oikeuttamisperuste (lain ilmaisu ”teko on sallittu”) nimensä mukaisesti sulkee teon oikeudenvastaisuuden pois, jolloin teko ei ole rikos vaan hyväksyttävä. Merkittävimmät oikeuttamisperusteet ovat hätävarjelu (RL 4:4.1)¹⁷², sallittu pakkotilateko (RL 4:5.1) ja voimakeinojen käyttö (RL 4:6).

Anteeksiantoperusteiden taustalla on normatiivinen syyllisyysajatus. Tekijää ei rangaista oikeudenvastaisesta teosta, jos syyllisyys eli teon moitittavuus puuttuu. Rangaistukseen tuomitsemisen edellytyksenä on, että tekijältä on tekohetkellä voitu kohtuudella edellyttää lainmukaista suhtautumista.¹⁷³ Kyse on niin kutsutusta toisintoimimismahdollisuudesta. Anteeksiantoperusteessa (laissa ”tekijä on rangaistusvastuusta vapaa”) teko katsotaan oikeudenvastaiseksi, mutta tekijä ei ansaitse syyllisyysmoitetta eli rangaistusta. Anteeksiantoperuste ei tee teosta hyväksyttävää, mutta se tekee siitä ymmärrettävän. Anteeksiantoperusteita taas ovat muun muassa hätävarjelu liioittelu (RL 4:4.2) sekä kieltoerehdys (RL 4:2). Anteeksiantoperusteet liittyvät siihen, ”mitä asianomaiselta henkilöltä voidaan yleensä tai teon olosuhteissa edellyttää.”¹⁷⁴ Kyse on tekijän henkilökohtaisen tilanteen tulkinnasta. Anteeksiantoperusteen soveltuessa sen perusteena olevan seikan katsotaan vaikuttaneen tekijän kykyyn ja mahdollisuuksiin valita sallitun ja kielletyn käyttäytymisen välillä. KKO on korostanut, että anteeksiantoperusteet eivät tee tekoa sinänsä sallituksi eivätkä vapauta muita tekoon osallisia vastuusta¹⁷⁵.

Vaikka vuoden 2003 rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevassa uudistuksessa anteeksianto- ja oikeuttamisperusteiden välistä eroa selvennettiin, ovat erot oikeuskäytännön valossa edelleen hyvin epäselvät. Epäselvyyttä kuvaa esimerkiksi tapauksen KKO 2010:41 perustelut, joista on vaikea saada selvää tulkitsiko enemmistö tapauksen koskeneen oikeutta-mis- vai anteeksiantoperustetta.

Kulttuurista puolustusta voidaan tarkastella teoreettisesti jo olemassa olevien vastuuvapausperusteiden tulkinnan kautta tai konstruoimalla siitä kokonaan uusi peruste.

¹⁷¹ Frände 2005, s.150.

¹⁷² hätävarjelu liioittelu luetaan kuitenkin anteeksiantoperusteisiin.

¹⁷³ Ks. syyllisyysperiaatteesta Frände 2005, s.182 - 186.

¹⁷⁴ KKO 2010:41 perustelut kohta 11.

¹⁷⁵ KKO 2010:41 perustelut kohta 11.

Common law- oikeuskulttuurissa vastaaja voi sekä rikos-, että siviiliasioissa vedota *defence* - perusteisiin (esimerkiksi *self-defence*, *provocation*) välttääkseen tai rajoittaakseen vastuuta ja onkin keskusteltu erillisen *cultural defence* perusteen luomisesta lakiin. Kirjallisuudessa kulttuurista puolustusta on käsitelty paljon erilaisia puolustusperusteita koskevan teoreettisen analyysin keinoin.¹⁷⁶ Monet tutkijat nostavat provokaatio- perusteen erityisen tärkeäksi kulttuurisen puolustuksen kannalta.¹⁷⁷ Suomen provokaatio-doktriinia käsitellään siksi omassa luvussaan, vaikka on huomattava, että meillä provokaatiolla ei ole virallista asemaa puolustusperusteena. Toinen kirjallisuudessa kulttuurisen puolustuksen yhteydessä paljon käsitelty puolustusperuste koskee erehdystilanteita, joita käsitellään seuraavaksi.

5.4 Erehdystilanteet

Vastuuvapausperusteita koskevassa rikoslain 4-luvussa on säännökset kolmesta erehdystilanteesta:

- tunnusmerkistöerehdys (RL 4:1)
- kielloerehdys (RL4:2) ja
- vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys (RL4:3)

Nämä erehdystilanteet ovat vastuuvapausperusteina tärkeitä kulttuurisen puolustuksen kannalta sillä vähemmistökulttuurin edustajan voidaan ajatella erehtyvän lainsäännöksistä johtuvissa kysymyksissä helpommin kuin kantaväestön. Ruotsalainen rikosoikeuden professori Claes Lernestedt nostaa kulttuurista puolustusta käsittelevässä kirjoituksessaan esiin tilanteen, jossa kukaan valtakulttuurin edustaja ei olisi tehnyt vastaavaa erehdystä, mutta toisaalta kuka vain tekijän kulttuurin edustaja olisi erehtynyt samalla tavalla. Kumman kulttuurin näkökulmasta erehdystä arvioidaan?¹⁷⁸ Tuntuisi perustellulta arvioida tilannetta tekijän kulttuuritaustan mukaan, mutta se saattaisi merkitä oikeuskulttuurillemme vieraiden aineiden nostamista oikeudellisen ratkaisutoiminnan perusteiksi. Toisaalta kuitenkin koko vastuuvapausjärjestelmä edustaa poikkeusta pääsäännöstä ja perustuu

¹⁷⁶ Esim. Amirthalingam, s. 46 - 47.

¹⁷⁷ Woodman 2009, s. 26 - 29. Lernestedt 2007, s.260, Renteln 2009, s.65 - 66.

¹⁷⁸ Lernestedt 2007, s.259.

tekijän henkilökohtaisille näkemyksille, mikä vahvistaa kulttuuriperusteiden asemaa erehdystilanteiden arvioinnissa.

Erehdystilanteista nostan esiin kieltoerehdyksen, jossa tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna.¹⁷⁹ Kieltoerehdys pohjautuu laillisuuspriaatteeseen, jonka kannalta lain julkistamisella ja tekijän tietoisuudella voimassa olevan lain sisällöstä on ratkaiseva merkitys.

RL 4:2 Kieltoerehdys

Jos tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana seuraavien seikkojen vuoksi:

- 1) lain puutteellinen tai virheellinen julkistaminen;
- 2) lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus;
- 3) viranomaisen virheellinen neuvo; tai
- 4) muu näihin rinnastettava seikka.

Keskeistä kieltoerehdyksen ja muiden anteeksiantoperusteiden tulkinnassa on vastaajan itsensä näkökulma, mutta ”ilmeisen anteeksiannettavuuden” kriteerin voidaan nähdä rajaavan soveltamista niin, että laskelmoidulle tai tekijän huolimattomuudesta johtuvalle tietämättömyydelle lain kielloista ja käskyistä ei ole perusteltua antaa lain suojaa.

Jäljempänä käsiteltävässä tapauksessa KKO 2008:93 Tampereen käräjäoikeus oli tulkinut syytetyn oikeudenvastaisen menettelyn kieltoerehdyksen vuoksi anteeksiannettavana ja hylkäsi syytteen pahoinpitelystä. Vastaaja oli ilmoittanut pitäneensä lääkärin asianmukaisesti suorittamaa poikalapsen ympärileikkausta sallittuna. Käräjäoikeus oli todennut, että pahoinpitely sijoittuu sinänsä rikosoikeuden ydinalueelle, jolloin mahdollista erehtymistä teon oikeudenvastaisuuden suhteen ei pääsääntöisesti voitu pitää anteeksiannettavana. Toisaalta kuitenkin ympärileikkauksen oli tehnyt lääkäri asianmukaisella tavalla ja toimintaa oli siksi vaikea mieltää vastaajan näkökulmasta rangaistavaksi pahoinpitelyksi.

Lain esitöissä on yleispreventiivisiä näkökohtia silmällä pitäen korostettu, että vain ilmeisen anteeksiannettava tietämättömyys voisi johtaa vastuuvapauteen. Vastuuvapauteen voi kuitenkin johtaa tilanne, jossa tekijä kyllä mieltää teon yhteiskunnan tai moraalin vastaiseksi, mutta ei sitä, että se rikkoo oikeusnormia. Hallituksen esityksessä on myös kiinnitetty huomiota oikeuskäytännössä esiin nousseisiin kulttuurien välisiin eroihin ja siihen, etteivät Suomeen tulleet ulkomaalaiset ole olleet selvillä täällä noudatettavasta

¹⁷⁹ Kieltoerehdyksestä suhteessa tahallisuuteen, ks. *Tapani* 2009.

normistosta. Tässä yhteydessä peruslähtökohdaksi on todettu, että maahan saapuvien velvollisuutena on ottaa selvää oleskelu- tai asuinmaansa lainsäädännöstä ja velvollisuus koskee myös monimutkaisena pidettyä lainsäädäntöä kuten liikennesääntelyä. Hallituksen esityksessä pidetään selvänä, että erehtymistä rikosoikeuden ydinalueille sijoittuvissa henkilöön kohdistuvissa rikoksissa, esimerkiksi erehtymistä henkilöllisen koskemattomuuden ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden alueista, ei voi pitää anteeksiannettavana.¹⁸⁰

Mitä kauemmaksi rikosoikeuden ydinalueelta mennään, sitä vähemmän kriminalisoinnit perustuvat moraalille ja sitä enemmän valtakulttuurin arvoille, jolloin kieltoerehdys kulttuuriperusteella voi saada enemmän merkitystä. Toisaalta, Lernestedtiä mukaillen, mitä vakavampi rangaistus yksilöä uhkaa, sitä paremmat tulisivat hänen puolustusmahdollisuutensa olla. Näin ollen etenkin vakavissa kuten henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa niin kieltoerehdyksen kuin kaikkien muidenkin puolustusperusteiden tulisi lähtökohtaisesti olla vastaajan käytettävissä.

5.5 Provokaatio

Provokaatio-tilanteiden tulkinta mainitaan usein keskeisenä esimerkkinä kulttuurisen puolustuksen kannalta. Käsittelen tässä luvussa ensin lyhyesti mitä provokaatiolla tarkoitetaan ja miten se voi vaikuttaa teon rangaistavuuteen. Sitten tarkastelen provokaatiota tarkemmin tekijän erityispiirteiden kuten kulttuuritaustan kannalta sekä rasistista provokaatiota. Yhdysvalloissa provokaatio-doktriinilla on pitkät perinteet ja siihen vedotaan usein rangaistusta lieventävänä seikkana etenkin henkirikoksissa.¹⁸¹ Kulttuurisen puolustuksen tutkijat Yhdysvalloissa ovat kuitenkin havainneet, että tosiasiassa provokaation voi tehokkaasti vedota vain kansallisen valtakulttuurin mukaan toimiva ”järkevästi toimiva henkilö” (*reasonable person*), koska eri kulttuurista tuleva henkilö provosoituu eri yllykkeistä, jotka ovat vieraita valtakulttuurille.¹⁸²

Provokaatio-termin sisältö on oikeustieteessä vakiintumaton, mutta yleensä sillä tarkoitetaan niitä tilanteita, joissa rikos tehdään toisen henkilön sanoin tai teoin aiheuttaman loukkauksen johdosta. Uhrin myötävaikutuksesta rikosentekijän vastuun kannalta

¹⁸⁰ HE 44/2002 yksityiskohtaiset perustelut RL 4:2.

¹⁸¹ Suomessakin sovellettiin vuoteen 1969 saakka lievempää rangaistusasteikkoa törkeän loukkauksen seurauksena tehtyyn tappoon.

¹⁸² Renteln 2009, s.66.

väitellyt Vilja Hahto korostaa väitöskirjassaan, että vaikka provokaatio käsitteenä voi herättää mielleyhtymän toisen tahallisesta ärsyttämisestä, se sisältää myös tilanteita, joissa uhrin tarkoituksena ei ole ollut rikoksentekijään vaikuttaminen. Rikoksen moitittavuus voi siis pienentyä provokaation perusteella riippumatta siitä, onko yllyke siihen annettu tietoisesti.¹⁸³

Provosoituna toimimisessa olennaista on impulsiivisuus eli nopea reagointi ärsykkeeseen. Ajallinen edellytys sulkee pois suunnitelmalliset ja harkitut teot, kuten koston. Provokaatio koostuu kahdesta ainesosasta, mielentilasta ja provosoivasta teosta. Näitä tarkastellaan eri näkökulmista mikä johtaa jännitteeseen. Ensin mainitussa katsotaan menneeseen vaatien oikeutusta teon rankaisemiselle ja jälkimmäistä tarkastellaan suhteessa tulevaan ja siihen, minkälaisia tekoja kohtaan provosoituminen tulisi yhteiskunnassa sallia. Lernestdet, joka on myös korostanut provokaatio-doktriinin merkitystä kulttuurisessa puolustuksessa huomauttaa, että provokaation toista aineosaa ei saisi korostaa ensimmäisen eli henkilökohtaisen aspektin kustannuksella.¹⁸⁴ Kulttuuriperusteista provokaatiota ei saisi vastustaa vain tarkoituksin torjua vastaavanlaisten argumenttien mahdollinen lisääntyminen rikosprosesseissa vaan tapaukset on ratkaistava tapaus- ja henkilökohtaiset piirteet huomioiden.

5.5.1 Vaikutukset rangaistukseen

Rikosoikeus ei perustu oletukseen, että ihmiset kykenevät aina noudattamaan tarkoin lakia. Tämä ilmenee siinä, että syyllisyys edellyttää moitittavuutta ja moitittavuuden määrä vaikuttaa rangaistukseen. Teon moitittavuutta arvioitaessa voidaan huomioida ymmärrettävistä syistä aiheutuneet, lainnoudattamista koskevat motivointiongelmat kuten provokaatio.¹⁸⁵ Toisin kuin esimerkiksi termeihin ”pakkotila” tai ”häätävarjelu” ei provokaatioon sisälly sisäänrakennettuna sitä, miten siihen oikeudellisesti suhtaudutaan.¹⁸⁶ Laki ei mainitse oikeutus- tai anteeksiantoperusteena käsitettä provokaatio, eikä laissa ole muutenkaan perustetta, joka oikeuttaisi vastuusta vapautumiseen pelkästään motivointiongelmien vuoksi. Tällaista säännöstä ei löydy muistakaan Pohjoismaista. Provokaatio ei siis voi sulkea pois teon oikeudenvastaisuutta, mutta se voi vaikuttaa seuraamusharkintaan rangais-

¹⁸³ Hahto 2004, s.368, 376.

¹⁸⁴ Lernestedt 2007, s.260.

¹⁸⁵ Hahto 2004, s.399.

¹⁸⁶ Hahto 2004, s.368.

tusvastuuta alentavasti esimerkiksi tuomitsematta jättämisen- tai rangaistuksen lieventämisen perusteena.

Rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen yhteydessä lakiin kaavailtiin uutta anteeksiantoperustetta ”pakottavat olosuhteet”, jonka soveltamisalaan provokaatio olisi kuulunut, mutta säännös jätettiin pois hallituksen esityksestä.¹⁸⁷ Myöskään ehdotettua ”karkeaa loukkausta” lieventämisperusteiden lisäyksenä ei otettu lakiin. On tärkeää, että jokaisen anteeksiantoperusteen hyväksyttävyyttä harkitaan tarkkaan, sillä liian laajasti käytettynä anteeksiantoperusteet romuttavat oikeusjärjestelmää niiden poikkeusluonteen vesittyessä. Rikosoikeus ei voi perustua deterministiseen ihmiskäsitykseen, vaan kansalaisten edellytetään pääsääntöisesti kykenevän sääntelemään toimintaansa ja tekemään valintoja itsenäisinä yksilöinä. Rikosoikeudella pyritään estämään vääränlaisia reaktioita ja siksi ihmiset ovat vastuussa teoistaan huolimatta heidän persoonallisuudestaan ja teon taustalla olevista psyykkisistä syistä.¹⁸⁸

Tuomitsematta jättämistä koskevassa edellä käsitellyssä säännöksessä ei ole nimenomaan viitattu provokaatioon, mutta se voidaan ottaa huomioon pykälän 1 tai 3 kohdan nojalla. Lain esityöt osoittavat, että provokaatiolle voidaan antaa oleellinen merkitys seuraamus-harkinnassa. Voimakas provokaatio voi alentaa tekijän syyllisyyttä, jolloin 1- kohdan vähäisyysperuste saattaisi tulla kyseeseen. Myös 3- kohdan poikkeuksellisuusperuste voi olla käsillä, kun uhri on provosoinut tekijän rikokseen tai muuten myötävaikuttanut siihen.¹⁸⁹

Nykyisistä anteeksiantoperusteista provokaatiotilanteita koskee lähinnä hätävarjelen liioittelu. Vaikka provokaatio ei suoraan sovellu anteeksiantoperusteeksi, on Hahto todennut rangaistuksen lieventämisen mahdollisuuden olevan yleisesti hyväksyttyä Pohjoismaissa. Provokaatio voidaan myös huomioida rikoksen asteessa ja tuomion ankaruudessa. Tällöin rangaistuksen yleisestävä vaikutus ei heikenny, kun teosta seuraa rangaistus ja tapauksen aiheuttamat erikoispiirteet vaikuttavat suhteellisuusperiaatteen mukaisesti.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ks. oikeusministeriön lainvalmistelu osaston julkaisu ”Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset, rikoslakiprojektin ehdotus” OJL 5/2000.

¹⁸⁸ Hahto 2004, s. 370.

¹⁸⁹ HE 79/1989 vp. s.13, 18 - 19, 211, Hahto 2004, s. 380 - 382.

¹⁹⁰ Hahto 2004, s.371.

Moitteen vähenemisen taustalla on provokaatiotilanteessa kahden perusteen yhdistelmä. Ensinnäkin edellytetään, että tekijän mielentila oli poikkeuksellinen itsehillinnän menetyksen vuoksi ja toiseksi, tämän menettelyn tulee olla jossain määrin ymmärrettävä seuraus provokaatiosta. Tätä tunnetilaan perustuvaa anteeksiannettavuuden alaa rajaa kriteeri siitä, millaiseen provokaatioon on luonnollista, joskaan ei hyväksyttävää, reagoida. Itsehillinnän menettämisen taustalla tulee siis olla oikeutettu suuttumus, pelko tai vastaava tunne.¹⁹¹ Oikeutetun tunnereaktion arviointi on erittäin kulttuurisidonnaista.

Provokaatiolla on suurimmat vaikutukset rangaistuksen lieventämisperusteena.¹⁹² Esi-merkkinä 2- kohdan ”*seikasta joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia*”, mainitaan vuoden 1975 hallituksen esityksessä muun muassa käyttäytyminen, joka loukkaa vahvasti etnisen tai uskonnollisen ryhmän tapoja, vaikka ärsyttäminen ei olekaan tahallista.¹⁹³ Rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä lieventämisperusteeksi lisätty ”*asianomistajan poikkeuksellisen suuri myötävaikutus*” on sanamuodoltaan tiukka, mutta kuitenkin niin epämääräinen, että sen soveltaminen on hankalaa. Hahto toteaa, että sanamuoto ennemmin lisää kysymyksiä, kuin selkeyttää provokaation oikeudellista asemaa.¹⁹⁴ Tulkintaan ei saa apua hallituksen esityksestä, sillä kohta muutettiin lopulliseen muotoonsa vasta lakivaliokunnan mietinnössä. Myöskään tässä mietinnössä asiaa ei selvennetä. Ongelma on siis jäänyt oikeuskäytännön ja teorian varaan. Hallituksen esityksessä mainituista provokaation mittareista ”aika” ja tehokkuus” ei saa paljoakaan apua yksittäisen tilanteen arviointiin.¹⁹⁵

5.5.2 Provokaation erottaminen koston

Provokaatio ja kosto teon vaikuttimina ovat hyvin lähellä toisiaan. Molemmissa uhrin toiminta on aiheuttanut tekijässä tunnereaktion, joka voi olla jossain määrin ymmärrettävä. Provokaatio ja kosto on kuitenkin erittäin tärkeää erottaa toisistaan, sillä niiden vaikutukset seuraamusharkintaan ovat vastakkaiset. Provokaatio voi lieventää rangaistusvaatimusta, kun taas koston motiivi voidaan tulkita rangaistusta koventavaksi suunnitelmalli-

¹⁹¹ Hahto 2004, s. 373 - 374.

¹⁹² Myös rangaistusasteikon alittaminen on RL 6:8.1 5- kohdan mukaan mahdollista, jos lieventämisperusteena mainittu tai muu erityinen syy tekee sen perustelluksi.

¹⁹³ HE 125/1975 II vp. s. 14 - 15.

¹⁹⁴ Hahto 2004, s.383.

¹⁹⁵ Hahto 2004, s.388.

suudeksi.¹⁹⁶ Provokaatiolle mahdollisesti annettava lieventävä vaikutus perustuu siihen, että tekijä ei ehdi harkita tekoaan vaan se on välitön reaktio provosointiin. Mikäli tekijä kohtuullisen ”harkinta-ajan” jälkeen syyllistyy rikokseen, eikä yritä saavuttaa itsehillintää, on rikos tietoinen valinta ja tekijä menettää mahdollisuuden vedota toisintoimimiskyvyn vähenemiseen. Reagointiajan lisäksi koston erottaa provokaatiosta se, että itsehillinnän puuttuminen ei tekohetkellä ole (enää) ymmärrettävää. Rangaistukseen vaikuttavalta provokaatiolta edellytetään, että tekijä todellisuudessa provosoitui, eikä toiminut harkitusti kostaen.¹⁹⁷

Koston ja provokaation välinen rajanveto voidaan nähdä yhtenä merkittävänä perusteena sille, miksi ”kunniaväkivallan” tapauksissa rangaistusta ei voida lieventää kulttuuriperusteisiin ja provokaatioon vetoamalla. ”Kunniaväkivaltaa” ilmentävät teot voidaan usein tulkita tekijän harkituksi kostoksi uhrille tämän aikaisemmasta käytöksestä, eikä välittömänä reaktiona uhrin menettelyyn. Esimerkiksi tilanne, jossa perheen tytär seurustelee ”väärauskoisen” kanssa vanhempien vastustuksesta huolimatta, voi joidenkin kulttuuriperinteiden mukaan oikeuttaa jopa väkivaltaan tytärtä kohtaan. Jos esimerkiksi perheen isä sillä perusteella pahoinpitelee tyttären, on tämä usein hyvin tietoinen ja harkittu ratkaisu. Koston tarkoituksessa tehdyt ja suunnitelmalliset teot ovat yksiselitteisesti erityisen moitittavia ja paheksuttavia rikosoikeudessamme.

5.5.3 Tekijän erityispiirteiden vaikutus

Olennainen kysymys tutkielman aiheen kannalta on, mitä merkitystä tekijän henkilökohtaisille ominaisuuksille kuten kulttuuritaustalle voidaan provokaation arvioinnissa antaa. Provokaation luonnetta ja tehokkuutta arvioidaan lähtökohtaisesti yleisen mittapuun, eikä tekijän käsityksen mukaan. Rangaistusta lieventääkseen provosoinnin tulee olla sellaista, että se yleisesti ottaen mielletään niin voimakkaaksi ärsykkeeksi, että sillä voidaan perustella itsehillinnän menetys.¹⁹⁸ On vaikea kysymys, voidaanko provokaation voimakkuutta arvioida suhteessa tekijän erityispiirteisiin tai hänelle erityisen herkkään

¹⁹⁶ RL 6:5 §:n ensimmäisessä kohdassa rangaistuksen koventamisperusteena mainitaan ”rikollisen toiminnan suunnitelmallisuus”.

¹⁹⁷ Hahto 2004, s. 374 - 375, 387.

¹⁹⁸ Hahto 2004, s.387.

asiaan.¹⁹⁹ Yhdysvalloissa arvioinnin lähtökohdaksi on otettu edellä käsitelty *reasonable person*-oppi, joka on käytännössä hyvin subjektiivinen standardi. ”Keskivertoihmisen” muotoilu on osoittautunut hyvin ongelmalliseksi. Kulttuurisen puolustukset tutkijat korostavat, että arviointi olisi tehtävä tapauskohtaisesti kunkin tilanteen erityispiirteet huomioiden. On kuitenkin muistettava, että todellisuudessa asia jää tuomarin harkintaan, mikä ei koskaan voi saavuttaa täydellistä objektiivisuutta, vaan nojaa ratkaisijan omien käsitysten ja arvostusten varaan. Harkintaratkaisujen nähdään usein mahdollistavan oikeudenmukaisimman lopputuloksen.²⁰⁰

Provokaatio menettelynä liittyy yleensä provosoitavan henkilökohtaisiin ominaisuuksiin, sillä ihmiset provosoituvat eri asioista. Yhtäältä tekijän mahdollisesti hyvinkin irrationaalisille peloille ja asenteille ei tule antaa suojaa, mutta toisaalta ne vaikuttavat hänen tulkin- taansa tekohetken tilanteesta.

Hahto päättelee väitöskirjassaan analysoimansa oikeuskäytännön perusteella, että tekijän aggressiivisuudesta, mustasukkaisuudesta tai muista hylättävistä luonteenpiirteistä aiheutuville reaktioille ei pidä antaa lieventävää vaikutusta, mutta esimerkiksi nuori ikä, täyttä ymmärrystä vailla oleminen tai muuten poikkeuksellinen mielentila, vamma tai muuten erityinen heikkous suhteessa provokaattoriin voi perustellusti tehdä reaktiosta ymmärrettävän. Ne voivat vaikuttaa siihen, kuinka vakavaksi tekijä on provokaation tulkinnut, ja toisaalta ne voivat rajata löydettävissä olevia toimintavaihtoehtoja joko tosiasialla tai tekijän näkökulmasta. Hädon lopputulos on, että joskus tekijään liittyville seikoille ei tule antaa mitään merkitystä kun taas toisinaan merkitys voi olla olennainen.²⁰¹

Monissa kulttuureissa ja uskonnoissa on sellaisia arvoja ja tabuja, joiden loukkaaminen saattaa provosoida tekijää voimakkaasti. Usein selitys tekijän provosoitumiseen on löydettävissä juuri hänen kulttuuristaan. Voivatko tällaiset syyt vaikuttaa provokaatiolle annettavaan merkitykseen vai tuleeko muista kulttuureista tulevien ihmisten mukautua suoma-

¹⁹⁹ Yhdysvalloissa *The Model Penal Code*- säännöksessä (voimassa vain harvoissa osavaltioissa) hyväksytään lieventämisperusteina *manslaughter*- tapauksissa joitain tekijän henkilökohtaisia ominaisuuksia, kuten sokeus ja äärimmäinen suru.

²⁰⁰ Hahto 2004, s.395 - 396.

²⁰¹ Hahto 2004, s.396 ja 448.

laisen valtakulttuurin tapoihin ja arvoihin?²⁰² Hahto suhtautuu epäilevästi kulttuurisen puolustuksen mahdollisuuksiin mainiten kaksi siihen liittyvää keskeistä ongelmaa: vaikeudet todistelussa ja kulttuurin määritelmässä. Hahto huomauttaa, että ratkaisu, jossa sallittaisiin vapaasti vedota suomalaiseen kulttuuriin soveltumattomiin seikkoihin, ei olisi kestävä.²⁰³ Huomautus on perusteltu, kielletyn ja sallitun raja ei voi vaihdella tekijän kulttuuritaustan mukaan. Rajoittamaton vapaus kulttuuriperusteisiin vetoamisessa johtaisi ylitsepääsemättömiin ongelmiin rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden kannalta sekä todistelun resurssien suhteen heikentäen prosessin tehokkuutta ja oikeutusta.

Suomen rikoslain soveltamisalan piirissä toimivien henkilöiden edellytetään mukautuvan siihen, mitä meidän kulttuurissamme pidetään tuomittavana, ja pidättäytyvän sen vastaisesta käyttäytymisestä.²⁰⁴ Tämä ei kuitenkaan Hahdon mukaan tarkoita, että kulttuuritaustaa ei voitaisi huomioida tapauskohtaisesti niin kuin mitä tahansa teon tai tekijän moitittavuuteen vaikuttavaa seikkaa. Lieventävänä seikkana ei voine kuitenkaan koskaan toimia sellainen asia, joka sotii oman kulttuurimme perusarvoja vastaan.²⁰⁵ Olisikin tärkeää määritellä nämä perusarvot. Tulkinta-apua määrittelyyn on löydettävissä etenkin perus- ja ihmisoikeuksien ydinalueargumentaatiosta.²⁰⁶

Provokaation tulkinta ja sille annettava merkitys rikosvastuun ja rangaistuksen kannalta on keskeisessä asemassa arvioitaessa kulttuurisen puolustuksen ongelmaa. Voimassa olevan oikeuden kanta on kysymyksen suhteen hyvin epäselvä ja tekijän yksilöllisille ominaisuuksille ja vaikuttimille rangaistuksen kannalta annettavaa merkitystä tulisi ehdottomasti selventää lain tasolla. On selvää, että provokaatio ei useinkaan vaikuta kulttuuri- tai muillakaan perusteilla rangaistusta lieventävästi. Kuitenkin niissä tapauksissa, joissa provokaatiolle voidaan antaa merkitystä, keskeisessä asemassa reaktion kohtuullisuuden arvioinnissa on vastaajan kulttuuritausta. Olisi epäjohdonmukaista sivuuttaa kulttuurin merkitys provokaatiotilanteessa, jossa keskeistä on henkilökohtaisesta tunnetilasta johtuneen reaktion moitittavuuden arviointi.

²⁰² Hahto 2004, s.397 - 398. Hahto käyttää ilmaisua ”suomalainen tapakäytäntö” Vaikka suomalaista kulttuuria voidaan pitää melko yhtenäisenä, käytän itse mieluummin termiä ”valtakulttuuri” sillä suomalaisen kulttuurin sisällä kulttuuritraditiot vaihtelevat huomattavasti.

²⁰³ Hahto 2004, s.398.

²⁰⁴ Ks. kulttuurista puolustusta koskevaa pohdintaa rikoslain soveltamisalan näkökulmasta Lernstedt 2007, s.242.

²⁰⁵ Hahto 2004, s.398.

²⁰⁶ Ks. Hautamäki 2011.

5.5.4 Rasistinen provokaatio

Oman alaluokan provokaatiotapauksissa muodostava rasistinen provokaatio on erityisen merkityksellinen kulttuurisen puolustuksen kannalta. Jos esimerkiksi provokaatio on tietyn henkilön kulttuurin halventamista ja tämä henkilö syyllistyy provosoituneena pahoinpitelyyn ja puolustuksessaan vetoaa provokaation, on loukkausta arvioitava hänen kulttuuritaustansa vasten.

Rasistiselle provosoinnille annettiin rangaistusta alentava vaikutus Itä-Suomen hovioikeuden 29.2.2000 antamassa julkaisemattomassa ratkaisussa (R 98/808).

Romanien ja valkolaisten välille oli syntynyt ravintolassa riitaisuutta, jota järjestysmies K oli yrittänyt rauhoittaa. Romanien ja K:n ympärillä olleet henkilöt olivat huudelleet provosoivasti ja romaneja loukkaavasti. K oli kehottanut romaniseuruutta poistumaan, jolloin romanit olivat alkaneet huutaa tappouhkauksia. H ja J olivat käyttäytyneet uhkaavasti K:ta kohtaan ja olivat tulossa hänen päälleen, minkä vuoksi K oli ottanut kiinni H:n rinnuksista kaataen hänet lattialle. Tällöin H oli sohaissut K:ta puukolla reiteen. H ei ollut tehnyt mitään häiritsevää ennen poistumiskäskyn antamista.

Hovioikeus katsoi tilanteen olleen sellaisen, ettei H:n tekemää pahoinpitelyä voitu pitää kokonaisuutena arvostellen törkeänä, vaikka se oli kohdistunut ravintolan järjestysmieheen hänen hoitaessaan järjestyksen valvontaan kuuluvia tehtäviä.

Rasistiselle provokaatiolle annettavaan merkitykseen tulisi vaikuttaa, että rasismin vastustaminen on yksi oikeusjärjestelmän tehtävistä. Tämä näkyy muun muassa kansanryhmää vastaan kiihottamisen ja syrjinnän kriminalisoinneissa (RL 11:10 ja 11:11). Rasistinen motiivi on myös rangaistuksen koventamisperuste (RL 6:5 4-kohta). Rasistisiin tekoihin liittyvä erityinen moitittavuus vaikuttaa rasistisen provokaation merkityksellisyyteen ja provokaatiosta johtuneen teon moitittavuuden arviointiin.²⁰⁷

²⁰⁷ Hahto 2004, s.396.

6. POIKIEN USKONNOLLISET YMPÄRILEIKKAUKSET

Poikalapsille Suomessa uskonnollisen tai kulttuurisen tradition perusteella tehtävistä ympärileikkauksista on käyty vilkasta keskustelua 1990-luvulta alkaen. Juutalaisille (perinteen mukaan yleensä 8 päivän ikäisille) pojille tehtävillä ympärileikkauksilla on Suomessa pitkät perinteet ja islaminuskoisten maahanmuuttajien määrän kasvaessa myös yleensä paljon vanhemmille muslimipojille tehtävät ympärileikkaukset ovat lisääntyneet. Poikien ei-lääketieteellisillä perusteilla suoritettujen ympärileikkausten oikeudellinen asema on erittäin epäselvä. Niiden suorittamisen voidaan nähdä perustuvan tapaoikeuteen eikä aiheesta ole lainsäädäntöä. Viime vuosina useita poikalapsen ympärileikkausta koskevia tapauksia on edennyt pahoinpitelysyytteisiin ja tuomioihin asti ympäri maata ja aiheesta on saatu korkeimman oikeuden ennakkopäätös vuonna 2008.

Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunta (ETENE) on antanut ympärileikkauksia koskevasta ongelmasta lausunnon 15.6.1999 asian noustua esille apulaisoikeusasiamies Riitta-Leena Paunion kanteluratkaisun myötä.²⁰⁸ Neuvottelukunnan enemmistö katsoi sellaiset poikien ei-lääketieteelliset ympärileikkaukset eettisesti hyväksyttäviksi ja myös julkisessa terveydenhuollossa suoritettaviksi, joita tehdään juutalaisen ja islamin uskontokunnan jäsenille.²⁰⁹ Sosiaali- ja terveysministeriö (STM) on vuosina 1992 ja 2003 ohjeistanut kuntia ja sairaanhoitopiirejä suosittelemalla ei-lääketieteellisten ympärileikkausten suorittamista julkisessa terveydenhuollossa.

STM:ssä ympärileikkausasiaa on käsitelty useaan otteeseen ja vuonna 2003 asiaa selvittämään asetettiin työryhmä. Työryhmämuistion mukaan ei-lääketieteelliset ympärileikkaukset ovat tietyin edellytyksin sallittuja. Työryhmä otti kantaa lapsen etuun ja korosti merkitystä olevan mm. uskonnollisten ja kulttuuristen perinteiden taustoihin liittyvillä sosiaaliadekvaattisilla perusteilla. STM:n työryhmä suositteli, että ympärileikkauksen edellytyksistä tulisi säätää Ruotsin esimerkin mukaan erillislaissa.²¹⁰ Erillislakia koskevaa esitystä ei ole vielä annettu johtuen luultavasti poliittisista erimielisyyksistä.

²⁰⁸ AOA Paunion päätös 30.11.1999.

²⁰⁹ ”Eettisyyttä terveydenhuoltoon. Valtakunnallinen terveydenhuollon eettinen neuvottelukunta 1998 - 2002.” Etene- julkaisuja. Sosiaali ja terveysministeriö 2002.

²¹⁰ Lag om omskärrelse av pojkar 7.6.2001 nr 499.

6.1 KKO 2008:93

Tapauksessa oli kyse neljävuotiaan muslimipojan ympärileikkauksen arvioinnista pahoinpitelynä. Syytteessä (tekijäkumppanuutena tai yllytyksenä) oli ympärileikkauksen tunteuttamiseksi jääneellä henkilöllä (joka luultavimmin oli lääkäri) pojalleen suorittanut äiti pojan yksinhuoltajana. Tapauksessa oli ratkaistava sekä teon tunnusmerkistönmukaisuutta että sen oikeudenvastaisuutta koskevat kysymykset. Kirurgisen toimenpiteen, jossa tervettä kudosta (esinahka kokonaan tai osittain) poistetaan peruuttamattomasti peniksen ympäriltä katsottiin täyttävän pahoinpitelyn tunnusmerkistön. Arvioitavaksi jäi, voitiinko toimenpiteen taustalla olevia uskontoon ja kulttuuriin pohjautuvia syitä pitää mahdollisesti menettelyn oikeuttavina perusteina. Kyse oli siis teon oikeudenvastaisuuden arvioinnista rikosvastuun edellytyksenä. Oikeudellinen ongelma koski jännitettä lapsen henkilökohtaista koskemattomuutta koskevien oikeuksien sekä uskonnonvapauden ja siihen liittyvän perhe-elämän suojaa koskevien vaatimusten välillä.

Tapauksen taustalla olevista kulttuurisista (uskonnollisista) perusteista KKO lausui seuraavaa:

”Muslimien keskuudessa poikien ympärileikkaus on vakiintunut, uskonnollisiin traditioihin nojautuva vanha perinne, joka on asianomaisissa yhteisöissä juurtunut syvälle ja koettu vahvasti velvoittavaksi. Asiassa esitetyn selvityksen mukaan ympärileikkaus on myös kiinteä osa yhteisön miespuolisten jäsenten identiteettiä, ja se liittyy heidät uskonnolliseen ja sosiaaliseen yhteisöönsä. Toimenpiteen on nähty liittyvän muslimeilta edellytettävään puhtauteen, ja se suoritetaan muslimipojille tavanomaisesti neljän ja 13 ikävuoden välillä.”²¹¹

KKO on pohjannut ratkaisunsa vahvasti perus- ja ihmisoikeuksien punninnalle. PL 7 §:ssä turvataan jokaisen oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, johon ei saa puuttua mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta. KKO kiinnitti huomiota henkilökohtaista koskemattomuutta lähellä olevana oikeuteen yksityiselämän suojasta (PL 10§ ja EIS 8 artikla). Sen piiriin kuuluu lain esitöiden mukaan muun muassa oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan.²¹² KKO kuitenkin jatkoi, että yksityiselämän suojan piiriin kuuluva perhe-elämän perus- ja ihmisoikeussuoja kattaa lähtökohtaisesti sen, että lapsen huoltajilla on oikeus päättää lapsensa kasvatuksesta ja siten myös oikeus kasvattaa lastaan uskontonsa ja kulttuurinsa vaatimusten mukaisesti.²¹³ Perus- ja ihmisoikeuksien keski-

²¹¹ KKO 2008:93 perustelujen kohta 8.

²¹² HE 309/1993.

²¹³ KKO 2008:93 perustelujen kohta 14.

näisen punninnan vaikeudesta kertoo, että yksityiselämän suojasta on tapauksessa johdettavissa sekä ympärileikkauksen puolesta että vastaan puhuvia argumentteja.

KKO joutui pohtimaan uskonnonvapauden ulottuvuuksia ja lausui, että perus- ja ihmis-oikeutena on turvattu uskonnon ja omantunnon vapaus, jonka osalta sallittuihin rajoitusperusteisiin kuuluu EIS 9 artiklan 2 kohdasta nimenomaisesti ilmenevin tavoin toisen oikeuksien suojeleminen (ks. luku 4.3.1). Myös uskonnonvapautta koskevan perusoikeuden osalta on lain esitöissä todettu, ettei siihen vedoten voida harjoittaa toimia, jotka loukkaavat ihmisarvoa tai muita perusoikeuksia ja, että erityisesti muiden perusoikeuksiin liittyvät näkökohdat on otettava huomioon tulkittaessa, miten pitkälle säännöksen suoja ulottuu. On myös todettu, ettei lapsen perusoikeuksia, kuten oikeutta henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, saa loukata muun henkilön uskonnon vapauteen vedoten.²¹⁴ KKO on tiivistänyt teon oikeudenvastaisuuden arvioinnin seuraavasti:

”Uskonnoillisista syistä suoritettuna pojan ympärileikkauksen oikeudenvastaisuuden arvioinnissa on siten kysymys siitä, estääkö perus- ja ihmisoikeutena turvattu lapsen oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen hänen huoltajiaan päättämästä lapsensa puolesta tällaisesta toimenpiteestä, jonka perusteet eivät ole lääketieteellisiä, vaan joka perheen uskonnon mukaisiin perinteisiin liittyvänä kytkeytyy sekä perhe-elämän suojaan että uskonnonvapauteen.”²¹⁵

KKO on huomionnut myös lasten oikeuksia koskevaa sääntelyä, kuten edellä mainitun lasten oikeuksia koskevan yleissopimuksen. Sopimuksen 30 artiklan mukaan lapselta ei saa kieltää oikeutta nauttia yhdessä uskonnollisen ryhmänsä muiden jäsenten kanssa omasta kulttuuristaan tai tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan. Toisaalta lasten oikeuksia koskevassa sääntelyssä myös korostetaan lasten terveyden suojelua ja ruumiillista koskemattomuutta.

KKO huomioi, että pienikin lapsi voi aktiivisesti osallistua erilaisiin uskonnon harjoittamiseen kuuluviin menoihin, mutta koska lapsella ei ikänsä vuoksi ole valmiuksia ymmärtää ympärileikkauksen merkitystä ja antaa siihen suostumustaan, pelkästään lapsen omasta uskonnonvapaudesta ei voida johtaa oikeutusta myöskään hänen huoltajiensa päätösvalle.²¹⁶ KKO korosti, että arviointi on tehtävä lapsen edun näkökulmasta. Huoltajilla voi olla oikeus päättää lapsensa puolesta tällaisesta toimenpiteestä edellyttäen, sen tarkoituksena olevan edistää lapsen hyvinvointia ja kehitystä eikä se ole myöskään objektiivisesti arvioiden lapsen edun vastainen. Tällöin on erityistä merkitystä ruumiilliseen

²¹⁴ KKO 2008:93 perustelujen kohta 17, HE 309/1993.

²¹⁵ KKO 2008:93 perustelujen kohta 19.

²¹⁶ KKO 2008:93 perustelujen kohta 20.

koskemattomuuteen puuttumisen laadulla. Ympärileikkausta pidettiin jokseenkin vaaratomana ja kokonaisuutena arvostellen vähäisessä määrin ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttuvana toimenpiteenä. KKO arvioi uskonnollisista syistä suoritettavalla ympärileikkauksella olevan myönteistä merkitystä nimenomaan leikattavan pojan itsensä, hänen identiteettinsä kehittymisen sekä uskonnolliseen ja sosiaaliseen yhteisöönsä kiinnittymisen kannalta.²¹⁷ Edellä pääpiirteissään selostetun perus- ja ihmisoikeuspunninnan kautta KKO päätyi yksimielisesti lopputulokseen, että vastaajan menettelyä hänen järjestäessään pojalleen ympärileikkauksen ei ole pidettävä oikeudenvastaisena eikä siten rangaistavana.

6.1.1 Ympärileikkaus ja sukupuolten tasa-arvo

Tapauksessa KKO 2008:93 oli kyse myös sukupuolten tasa-arvosta tyttö- ja poikalasten erilaisen kohtelun vuoksi. Syyttäjä vetosi syytteensä tueksi myös siihen, että poikien ympärileikkauksen hyväksyminen merkitsisi sukupuoleen ja uskontoon perustuvaa syrjintää huomioiden, että tyttöjen ympärileikkauksen katsotaan olevan rangaistavaa ja että muissa uskonnoissa kuin juutalaisuudessa ja islamilaisuudessa pojat eivät joudu ympärileikkauksen kohteeksi. KKO totesi, että ”tyttöjen ympärileikkauksessa on kyse lähinnä törkeäksi pahoinpitelyksi luokiteltavasta menettelystä, jota ei voida missään olosuhteissa oikeuttaa nyt kyseessä olevien kaltaisilla uskonnollisilla ja sosiaalisilla syillä, eikä sitä ole perusteltua rikosoikeudellisessa arvioinnissa rinnastaa poikien ympärileikkaukseen.”

Tapausta lähinnä tuomioistuinten harjoittaman perustuslakikontrollin näkökulmasta tutkinut Juha Lavapuro tulkitsee, että tyttöjen sukupuolielinten silpominen merkitsee kajoamista lapsen henkilökohtaisen koskemattomuuden ydinalueeseen, mikä johtaa siihen, että sitä ei voida oikeuttaa sen paremmin uskonnonvapaudella kuin muillakaan argumentilla. Veli-Pekka Viljasen väitöskirjatutkimukseen perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä nojautuen Lavapuro jatkaa, että lausuma voidaan nähdä ilmauksena perus- ja ihmisoikeuksien sääntöulottuvuudesta, eli siitä, että kyseiseen oikeuteen ei saa joko oikeuden ehdottomuuden tai sen ydinalueen suojan johdosta millään perusteella puuttua.²¹⁸

Syyttäjän argumentti tuntuu hieman liioitellulta ottaen huomioon kuinka erilaisia eri sukupuolten ”ympärileikkaukset” ovat. Tyttölasten kohdalla ei edes ole tapana puhua uskon-

²¹⁷ KKO 2008:93 perustelujen kohta 26.

²¹⁸ Lavapuro 2010, s.127.

nollisesta ympärileikkauksesta vaan heimokulttuuriin perustuvasta sukupuolielinten silpomisesta. On myös huomattava, että uskonnollisten ja kulttuuristen normien maailmassa ei vallitse sellaisia yhteneviä tasa-arvo pyrkimyksiä kuin oikeusnormien maailmassa. Voidaan esittää näkemys, että kaikkea ei pidä ”ihmisoikeustaa” ja uskonnollisten yhteisöjen tulee saada kehittyä (tasa-arvoisempaan suuntaan) omasta perustastaan käsin, ei rikosoikeuden pakottamana. Tätä edellyttää jo rikosoikeuden *ultima ratio*-periaate, jonka mukaan ja rikosoikeuteen tulee turvautua vasta viimeisenä keinona.

6.1.2 Johtopäätöksiä ja kritiikkiä

KKO 2008:93 ratkaisua on kiitetty perusteellisesta perus- ja ihmisoikeuspunninnasta.²¹⁹ Ratkaisua voidaan kuitenkin kritisoida uuden laissa kirjoittamattoman oikeuttamisperusteen omaksumisesta sekä biolääketiedesopimuksen vaatimusten ja kulttuurisia oikeuksia koskevan sääntelyn sivuuttamisesta.

Lahti on aikoinaan asiasta lausuneen ETENE:n neuvottelukunnan jäsenenä ja sittemmin KKO 2008:93 ratkaisun kommentissaan kritisoinut ympärileikkausten hyväksyttävyyttä erityisesti siltä kannalta, että lapsen edun ja ruumiillisen koskemattomuuden oikeuden tarkastelussa ei huomioida erityisesti biolääketiedesopimuksen asettamana velvoitteena välittömän hyödyn vaatimusta.²²⁰ Biolääketiede sopimukseen ei edes viitata päätöksen perusteluissa, vaikka se on ollut jo vuonna 1999 kansainvälisesti voimaan tulleen yleis-sopimuksena merkittävä sallittu oikeuslähde.²²¹ Biolääketiedesopimuksen mukaan 6(1) artiklan mukaan suostumuksen antamiseen kykenemättömän alaikäisen ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuva toimenpide saadaan suorittaa vain, jos siitä on lapselle välitöntä hyötyä (direct benefit). KKO:n ratkaisun suuri puute on biolääketiedesopimuksen ja välitöntä hyötyä koskevan vaatimuksen sivuuttaminen. Tätä vaatimusta on Lahden lisäksi korostanut apulaisoikeusasiamies Paunio edellä mainitussa kanteluratkaisussaan 30.11.1999 ja valtiosyyttäjä Päivi Hirvelä seuraamusluonteisessa syyttämättäjättämisen päätöksessään 30.6.2004. Päätöksessä Hirvelä muun muassa totesi, että kansalaisten yhdenvertaisuuden kannalta syytteen nostaminen olisi ollut kohtuutonta, koska on

²¹⁹ Lahti 2010, s.64, Lavapuro 2010, s.121 - 123.

²²⁰ Lahti 2010, s.53, 59.

²²¹ Biolääketiedesopimus on tullut Suomessa lainsäätövoimaa 1.3.2010 alkaen (23/2010).

yleisesti tiedossa, että ritualistisia ympärileikkauksia on tehty jatkuvasti ilman, että viranomaiset ovat niihin puuttuneet.²²²

KKO:n voidaan katsoa omaksuneen ratkaisussaan rikoslain vastuuvapausperusteissa sääntelemättömän eli laissa kirjoittamattoman uuden oikeuttamisperusteen. Lahti tulkitsee, että lopputulos syytetyn eduksi vaikuttavana on sinänsä laillisuusperiaatteen kannalta hyväksyttävä, mutta periaatteen tausta-arvojen kuten ennalta arvattavuuden ja yhdenvertaisuuden kannalta olisi suotavaa säätää tällaisista poikkeusperusteista laissa.²²³ Lahti korostaa erillislainsäädännön tarvetta Ruotsin mallin mukaisesti ja sitä, että lakia säädettäessä olisi huomioitava biolääketiedesopimuksen mahdollinen kansallinen harkintamarginaali 6(1) artiklan suhteen.²²⁴ Uuden oikeuttamisperusteen sisällön voidaan nähdä perustuvan perus- ja ihmisoikeuksien etusijaan ja etenkin uskonnon vapauteen.

Lahti kiinnittää kommentissaan huomiota myös lapsen edun määrittelyyn viitaten eräiden brittiläistutkijoiden vaatimuksiin ”*best interest*” käsitteen uudelleen määrittelystä. Hän nostaa esiin kysymyksen, eivätkö KKO:n päätöksen perustelut lapsen kokonaisedusta viittaa pikemminkin asianomaisen uskonnollisen yhdyskunnan ja lapsen huoltajien määrittelemän perhe-elämän yhteisöllisiin etunäkökohtiin kuin lapsen yksilöllisiin intresseihin.²²⁵ KKO käänsi ratkaisussaan yhteisölliset kulttuuriset intressit myös lapsen henkilökohtaiseksi intressiksi. Lapsen kokonaisedun määrittelyssä modernin ihmisoikeusajattelun ja individualistisen kulttuurimme näkökulmasta keskeisiä näkökohtia ovat lapsen yksilölliset intressit ja toimenpiteen vaikutukset hänen valinnanvapauksiinsa tulevaisuudessa. Ympärileikkaus on peruuttamaton toimenpide, joka voi vaikuttaa muun muassa pojan tulevaan seksuaalielämään.²²⁶

Todennäköisesti kuitenkin monessa muussa yhteisöllisemmässä kulttuurissa lapsen etua on ennemminkin tarkasteltava koko perheen ja yhteisön edun kautta. Kulttuuristen ja uskonnollisten oikeuksien kunnioittamisen kannalta olisi mahdotonta kuvitella tilannetta, jossa perheet eivät saisi kasvattaa lapsiaan oman kulttuurinsa täysivaltaisiksi jäseniksi vain heidän mahdollisesti tulevaisuudessa konkretisoituvien yksilöllisten ja perheen kulttuuri-

²²² Päätöstä (dnro R02/15) selostettu julkaisussa ”Valtakunnan syyttäjänviraston vuosikertomus 2004”, s.38.

²²³ Lahti 2010, s.57.

²²⁴ Lahti 2010, s. 65.

²²⁵ Lahti 2010, s.63.

²²⁶ Keskustelussa on havaittavissa, että ympärileikkauksia vastustetaan kyseisten uskonnollisten ryhmien ulkopuolelta käsin eikä vastustajien joukossa juurikaan ole ympärileikattuja miehiä itse. Esimerkiksi ihmisoikeusaktivistina tunnettu juristi Husein Muhammed on muslimiyhteisön jäsenenä puolustanut ympärileikkauksikäytäntöä mediassa. Ks. <<http://huseinmuhammed.puheenvuoro.uusisuomi.fi/106389-kyll%C3%A4-neuvonnalle-ei-kriminalisoinnille-ymp%C3%A4rileikkauksiasiassa>>.

piirin ulkopuolelle suuntautuvien intressiensä turvaamiseksi. Kulttuurisessa puolustuksessa on kyse nimenomaan siitä, minkä kulttuurin mittapuita arviointiin käytetään. Kulttuurisen puolustuksen taustalla oleva pyrkimys taata ihmisten tosiasiallinen yhdenvertaisuus lain edessä kärsii, mikäli vastuuvapausperusteiden arviointi tehdään vain omasta kulttuuristamme käsin.

KKO perusti ratkaisunsa pitkälti uskonnonvapauden oikeuteen katsoessaan poikien ympärileikkausten perustuvan uskonoppeihin eikä ottanut harkintaansa varsinaisia kulttuurisia oikeuksia, kuten PL 17 §:ä. Uskonnon harjoittamisen suoja on kotimaisessa lainsäädännössä ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa vahva, mutta ympärileikkaus-traditioita olisi ollut perusteltua tarkastella myös kulttuuristen oikeuksien näkökulmasta. Kulttuuristen ja uskonnollisten oikeuksien raja on häilyvä ja niiden soveltamisala hyvin päällekkäinen. Ratkaisu voidaan tulkita niin, että uskonnolliset perusteet saavat erityistä suojaa kulttuuria koskevien perusteiden joukossa. KKO:n olisi kuitenkin ollut hyvä ottaa kantaa tapaukseen myös kulttuuristen oikeuksien näkökulmasta, koska kyse oli kulttuurisesta (uskontoon pohjautuvasta) rituaalista, jonka kieltäminen rajoittaa tapaa harjoittavien ryhmien oikeutta ylläpitää kulttuuriaan.

KKO:n ratkaisullaan luoman oikeuttamisperusteen hyväksyttävyyttä pohdittaessa on merkitystä myös sillä, kuinka suurta joukkoa lain kohteista kyseinen poikkeus koskee. Poikkeus on laillisuusperiaatteen kannalta hyväksyttävämpi jos se koskee esimerkiksi vain paria prosenttia väestöstä. Laillisuusperiaate kärsii liioista poikkeuksista. Suomessa ympärileikataan vuosittain noin 200 poikaa ei-lääketieteellisillä perusteilla.²²⁷ Määrä on suhteellisen vähäinen, mutta kuitenkin sen verran suuri, että oikeuttamisperusteella on tuntuvaa käytännön merkitystä ja erillislainsäädännön tarve on ilmeinen.

Lavapuro kiinnittää huomiota legalismin ja moraalisten valintojen välillä vallitsevaan jännitteeseen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Hän tuo väitöskirjassaan esiin, että KKO 2008:93 ratkaisua voitaisiin kritisoida siitä, että siinä tuomioistuimen voidaan katsoa käyttäneen siinä valtaa, joka edustuksellisuuden ja poliittisen yhdenvertaisuuden näkökulmasta kuuluisi demokraattisesti valituille elimille. Ajatus perustuu Jeremy Waldronin tuomioistuinvalvonnan kritiikkiin, jonka mukaan tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa ei voi tehdä moraalisia ja eettisiä valintoja vaan tarkastelun tulee perustua legalismiin sovel-

²²⁷ STM ympärileikkaustyöryhmän muistio 2003:39, s.32.

tamalla tapauksiin vain oikeudellisia lähteitä.²²⁸ Hän kuitenkin tulkitsee, että perus- ja ihmisoikeuspunninta on mahdollista tavalla, joka ei edusta puhdasta legalismia, mutta ei myöskään moraalisisessa ulottuvuudessa irrottaudu yhteiskunnan perustavia arvovalintoja koskevista valtiosäännöissä ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa vahvistetuista moraalista argumenteista, jotka voidaan nähdä oikeudellisina perusteina. Legalismin vaatimukset voidaan täyttää vaikka oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tukeudutaan moraalisiin ja eettisiin perusteisiin.²²⁹

Lavapuro ei tulkitse KKO 2008:93 perustelujen aineellisoikeudellista pätevyyttä tai sen sijoittumista rikosoikeuden yleisiin oppeihin. Hän kuitenkin toteaa, että ratkaisusta ei ole pääteltävissä sovelsiko KKO tapaukseen oikeuttamis- vain anteeksiantoperusteita koskevia oppeja. Lavapuro myös toteaa, että rikosoikeuden doktriinin kannalta on kiinnostavaa, että nykydoktriini ei näytä kykenevän sijoittamaan perus- ja ihmisoikeuksien oikeuttamaa tekoa osaksi perinteisiä vastuuvapauden yleisiä oppeja.²³⁰ Kuten edellä mainittiin, Lahti on tulkinnut kyseessä olleen oikeuttamisperusteen, mitä myös KKO:n ratkaisussaan käyttämä sanamuoto ”ei ole pidettävä oikeudenvastaisena...” puoltaa.

²²⁸ Lavapuro 2010, s.119- 120.

²²⁹ Lavapuro 2010, s.120.

²³⁰ Lavapuro 2010, s.121 alaviite 221.

7. PERUS- JA IHMISOIKEUSPUNNINTA

Kulttuuristen ja uskonnollisten oikeuksien merkitys puolustusperusteena on vahva, mutta sitä rajoittavat etenkin muut perus- ja ihmisoikeudet. Kollisiotilanteissa näitä säännöksiä punnitaan toisiaan vasten. Tässä luvussa käsittelen perus- ja ihmisoikeuspunnintaa ensin yleisellä tasolla, sitten niin kutsuttua ydinalueargumentaation ja ihmisoikeuskulttuurin murrosta ja lopuksi hieman ihmisoikeuksia korostavan näkökulman kritiikkiä

Perus- ja ihmisoikeuspunninnassa harkintaa rajaavina reunaehtoina voidaan pitää loukkamattomien ihmisoikeuksien kunnioittamista, syrjinnän kieltoa, lasten erityissuojelua sekä erityisesti rajanvetoa ihmisoikeuksien sallittujen rajoitusten ja ihmisoikeusloukkausten välillä.²³¹ EIT:n käytännöllä on tässä rajanvedossa merkittävä rooli. Teoreettiset lähtökohdat perusoikeuksien tarkastelulle ovat viime vuosina vahvistuneet ja vakiintuneet. Perusoikeusuudistus merkitsi perusoikeuksien soveltamisalan olennaista laajentumista. Suomalaisen perusoikeusjärjestelmässä perusoikeuksia ei ole järjestetty ennalta mihinkään hierarkkiseen järjestykseen vaan perusoikeuksia punnitaan aina tapauskohtaisesti. Perusoikeuksien keskinäisiä suhteita tarkasteltaessa voidaan huomata, että jotkin perusoikeudet ovat enemmän tekemisissä toistensa kanssa. Yleensä esimerkkinä pidetään yksityisyyden suojaa ja sananvapautta.²³² Tapauksessa KKO 2008:93 perhe-elämänsuoja ja uskonnonvapaus tulkittiin läheisiksi oikeuksiksi.

Perus ja ihmisoikeuksien ensisijainen oikeudellinen funktio on kriittinen: niiden on sanottu asettavan muulle oikeusjärjestykselle yleiset normatiiviset legitiimisyyskriteerit. Vain oikeusjärjestystä arvioivan kriittisen tehtävänsä kautta perus- ja ihmisoikeudet voivat varmistaa, että julkisen vallan käyttö perustuu tosiasiallisesti perustuslain asettamille lähtökohdille. Lavapuron mukaan keskeisessä asemassa on perusoikeuksien tuomioistuINVALVONTA, jota toteutettaessa voidaan varmistaa, ettei päätöksentekovalta oikeuden sisällöstä siirry kapea-alaisen juristieliitin haltuun eli demokraattisten menettelyjen ulkopuolelle.²³³

Kulttuurisen puolustuksen tilanteissa on arvioitava rikotun normin taustalla olevia suojeluintressejä kuten perusoikeuksia oikeushyvinä. Frände tulkitsee, että suojeluintresseihin liittyviä argumentteja voidaan esimerkiksi hyvin käyttää tunnusmerkistönmukaisuuden

²³¹ Ks. Scheinin puhe 2010.

²³² Hautamäki 2011, s.94 - 95.

²³³ Lavapuro 2010, s.129.

arvioinnissa supistavaan suuntaan. Näissä tapauksissa teko vastaa muodollisesti rangaistus- säännöksen tunnusmerkistöä, mutta tarkemmin taustalla olevaa oikeushyvää analysoituaan tuomari päätyy tulokseen, ettei teko loppujen lopuksi loukkaa tiettyä suojeluintressiä.²³⁴ Tapauksessa KKO 2008:93 oikeus olisi voitu perustellusti päätyä myös lopputulokseen, ettei teko täytä pahoinpitelyn tunnusmerkistöä huomioiden toimenpiteen vähäisyys ja se, ettei siitä ole varsinaista terveydellistä haittaa, eikä siinä näin ollen suoranaisesti loukata teon taustalla olevia suojeluintressejä kuten terveyttä ja henkilökohtaista koskemattomuutta.

Perus- ja ihmisoikeuspunnintaa koskevassa pohdinnassaan Lavapuro viittaa Robert Alexyn kehittämään punnintalakiin: mitä enemmän yhtä periaatetta rajoitetaan sitä tärkeämpänä tulee toisen toteutumista pitää. Sääntö auttaa ratkaisemaan tapauksia, joihin soveltuu useita keskenään jännitteisiä perusoikeuksia.²³⁵ KKO 2008:93 perustelut tarjoavat Lavapuron mukaan esimerkillisen kuvan siitä, miten punnintalain yleinen rakenne on mahdollista täyttää sisällöllisesti oikeudellisilla argumenteilla. Lavapuro korostaa Viljasen väitöskirjään viitaten valtiosääntöoikeudellisten argumenttien painavuutta ja justifikaatioarvoa. Argumenttien painoarvoa on punnittava suhteessa perusoikeusjärjestelmään, valtiosääntöoikeudellisiin periaatteisiin ja perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuteen. Lavapuro päätelee, että sellaiset argumentit, jotka tavanomaisesti palautetaan yleisiin kollektiivisluonteisiin intresseihin kuten ”ympäristön suojelu” tai painavana pidettyyn oikeudelliseen päämäärään kuten ”lapsen etu” saattaa olla syytä ymmärtää perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden valossa.²³⁶ Näin myös kollektiivinen ja yhteiskunnallisesti tärkeä intressi, kuten ”kulttuurin harjoittaminen” on syytä kytkeä perus- ja ihmisoikeuksina vahvistettuihin periaatteisiin kulttuurisen puolustuksen tapauksissa.

Erilaisista tulkinnallisista ristiriitojen ratkaisumalleista kuten perusoikeusmyönteisen, ihmisoikeusystävällisen ja perustuslainmukaisen laintulkinnan kaltaisille tulkintaperiaatteille on muodostunut yhä tärkeämpi rooli aiemmin korostuneiden kategorisempien ristiriitojen ratkaisusääntöjen ja –mekanismien sijaan. Lavapuro olettaa, että perus- ja ihmisoikeudet välittyvät nykyisin oikeudellisiin käytäntöihin tyypillisesti juuri tulkinnallisesti.²³⁷

²³⁴ Frände 2005, s.57.

²³⁵ Lavapuro 2010, s.125-126, Alexy, Robert ”Theori der Grundrechte”. Suhrkamp 1986, s. 146.

²³⁶ Lavapuro 2010, s.126.

²³⁷ Lavapuro 2010, s.285.

Ihmisoikeuksien sisällön ja rajojen määrittelyä leimaa edellä luvussa mainittu 3.2 mainittu normien määrittelemättömyyttä koskeva ongelma. Perus ja ihmisoikeusjärjestelmä on monitasoinen ja säännösten soveltamisalat hyvin päällekkäisiä, mikä vaikeuttaa oikeudellisten perustelujen konstruointia. Ihmisoikeuksina turvatut arvot ovat myös hyvin kulttuurisidonnaisia. On todettu, että esimerkiksi koskemattomuuden rajojen määrittely on erittäin kulttuurisidonnaista, mitä muun muassa Jehovan todistajien kielteinen kanta verensiirtoihin osoittaa. Jos koskemattomuutta pidetään ehdottomana periaatteena, rikkoisi sitä myös esimerkiksi luterilainen lapsikaste.²³⁸

7.1 Perusoikeuksien ydinalue

Perusoikeuden ytimeen kohdistuvan tulkinnan merkitys liittyy kahden tai useamman perusoikeuden sisältämien oikeushyvien väliseen arvottamiseen.²³⁹ Erään vakiintuneen käsityksen mukaan perusoikeuksilla on tietty ydinalue, jonka koskemattomuutta tulee pitää ehdottomana ja jonka sisältö on riippumaton näkökulmasta. Jos perusoikeuksia joudutaan asettamaan keskinäiseen järjestykseen, ydinalue saattaa olla argumentti, jolla perustellaan järjestystä: ydinalueella oleva oikeushyvä nähdään arvokkaampana kuin ydinalueen ulkopuolelle sijoittuva. Perusoikeuden ydinalueeseen liittyvät kysymykset kytkeytyvät keskeisesti perusoikeuksien rajoittamiseen. On katsottu, että yleisten rajoitusedellytysten vallitessa rajoitus ei saa ulottua perusoikeuden ytimeen.²⁴⁰ Ydinalueen ehdoton koskemattomuus pätee etenkin perusoikeuksien horisontaalisena eli yksilöiden keskinäisiä suhteita määrittävänä vaikutuksena.²⁴¹ Kulttuurisen puolustuksen tilanteissa on usein kyse horisontaalisesta suhteesta, jossa yksityisen ihmisen perus- tai ihmisoikeuksien toteutumiseen vaikuttavat toisen ihmisen oikeudet. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2008:93 jouduttiin pohtimaan lapsen huoltajien oikeuksia suhteessa lapsen oikeuksiin.

Perusoikeuksien ydinalueen määrittelyssä on myös kyse siitä, ajatellaanko ydinalueiden olevan absoluuttisia vai suhteellisia. Oikeus elämään ja kidutuksen kielto voidaan nähdä ehdottomiksi ja absoluuttisiksi oikeuksiksi. Suhteellisempaa sen sijaan on määritellä esimerkiksi sanan- tai uskonnonvapauden ydinaluetta. Perustuslakivaliokunta on nykyisen

²³⁸ STM monisteita 2004:3, s.31.

²³⁹ Hautamäki 2011, s.87.

²⁴⁰ Hautamäki 2011, s. 82 - 83. Ks. perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perusoikeussäännösten muuttamisesta (PeVM 25/1994 vp).

²⁴¹ samansuuntaisesti Hautamäki 2011, s.84.

perustuslain voimassa ollessa antanut useita lausuntoja, joissa se käsittelee kysymystä perusoikeuden rajoittamisesta suhteessa perusoikeuden ydinalueeseen. Useimmissa tapauksissa ydinaluetta käsitellään joko sananvapauteen tai luottamuksellisen viestin suojaan liittyen.²⁴² Yleensä on ollut kyse siitä, mitä ei lueta ydinalueeseen kuuluvaksi. Perustuslakivaliokunta ei ole juurikaan luetellut sellaisia tekijöitä, jotka osuvat perusoikeuden ydinalueelle.²⁴³ Uskonnonvapauden rajoittamista koskee esimerkiksi tapaus KHO 2008:20, jossa katsottiin, että vangin vaatimus ortodoksisen paastonajan ravinnon saamiseksi ei koskenut uskonnonvapauden ydinaluetta.²⁴⁴

Perusoikeusuudistuksen esitöistä löytyy niukasti nimenomaisia mainintoja perusoikeuksien ydinalueista. Yhdenvertaisuussäännöksen osalta hahmotetaan syrjintäkiellon ydinaluetta. Kiellettyinä erotteluperusteina luetellaan sukupuoli, ikä, alkuperä, kieli, uskonto, vakaumus, mielipide, terveydentila ja vammaisuus. Yksityiselämän suojan osalta kotirauhan ydinalueena mainitaan henkilön asunto. Nimenomaisena ajatuksena oli ydinsisältöjen määrittelyn jättäminen lainsäädäntökäytännön varaan.²⁴⁵

Hautamäki pohtii, että ydinalueargumentaatiota voidaan pitää vielä melko harvinaisena ja ilmeisen teoreettisena argumentaatiovälineenä. Korkeimpien oikeuksien tuoreet ratkaisut osoittavat, että tuomioistuimet ovat valmiita käyttämään ydinalueargumentteja. Hautamäki päätelee, että perusoikeuksien ydinalueiden kollisiot tulevat luultavimmin lisääntymään tulevaisuudessa ja, ydinalueargumentaatiolla oikeuksien väliseen arvojärjestykseen voidaan saada argumentatiivista näkyvyyttä. Nähtäväksi jää, johtaako tämä tarpeettoman juristerian lisääntymiseen vai päinvastoin kohti konkreettisempia reaalisia argumentteja.²⁴⁶ Ydinalueargumentaatiosta ja ydinalueiden oikeushyvien määrittämisestä voi olla apua kulttuurista puolustusta koskevissa tapauksissa, joissa vastakkain on useita perus- ja ihmisoikeuksia.

²⁴² Hautamäki 2011, s.89.

²⁴³ Hautamäki 2011, s.91.

²⁴⁴ Hautamäki 2011, s.94, KHO 2008:20.

²⁴⁵ Hautamäki 2011, s.88, HE 309/1993.

²⁴⁶ Hautamäki 2011, s.96.

7.2 Ihmisoikeuskulttuurin murros

Lavapuro pitää ratkaisua KKO 2008:93 sen perustelujen laadun näkökulmasta oikeuskulttuurissamme poikkeuksellisenä, jopa ”jonkinasteisena sisällöllistä argumentaatiota painottavan ihmisoikeuskulttuurin murroksen ”toisen aallon” valtiosääntöoikeudellisenä maamerkinä”²⁴⁷ Murroksen taustoina ja lähtökohtina hän pitää kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valvontaelinten ratkaisuihin viittaamista jo 1990-luvulta lähtien, Veli Merikosken tulkintaa perusoikeuksien konflikteista jo vuodelta 1969, joita Viljasen väitöskirjatutkimus perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä on täsmentänyt, perustuslakivaliokunnan perusoikeusuudistuksessa esittämiä lähtökohtia sekä saksalaisessa valtiosääntödoktriinissa omaksuttua suhteellisuutta sen suppeassa merkityksessä.²⁴⁸

Lavapuro viittaa väitöksensä nimellä ”Uusi perustuslakikontrolli” nykyvaltiosäännön tilanteeseen, jossa perustuslain, erityisesti perusoikeuksien, toteutumista valvotaan paitsi eduskunnan perustuslakivaliokunnan (PL 74 §) myös tuomioistuinten ja viranomaisten (PL 106 ja 107 §) sekä ylimpien laillisuusvalvojien (PL 108 ja 109 §) taholta. Uuden perustuslakikontrolli kiistää lähtökohdan, jossa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta jää viimekädessä yhden auktoritatiiviseksi määritellyn instituution tehtäväksi. Teoria uudesta perustuslakikontrollista pyrkii jäsentämään uudelleen perusoikeusperiaatteita ja demokratiaperiaatetta koskevat valtiosääntöoikeudelliset oletukset, joiden varaan argumentit tuomioistuINVALVONNAN demokratianvastaisuudesta ja lainsäätäjän harjoittaman valvonnan irrationalisuudesta ovat nojautuneet. Perustuslain oikeuden mittapuu siirtyi siitä, mitä auktoritatiivinen perustuslaintulkitsija perustuslaista toteaa, siihen mitä perustuslain voidaan normatiivisena järjestelmänä katsoa edellyttävän.²⁴⁹

Perus- ja ihmisoikeudet ovat tulleet oikeudellisen ratkaisutoiminnan arkeen. Olisi tärkeää saada selkeytettyä periaatteita ja sääntöjä, joiden avulla näiden oikeuksien välisiä ja erityisesti kulttuurikonfliktien tilanteissa aktualisoituvia jännitteitä ratkaistaan.

²⁴⁷ Lavapuro 2010, s 125.

²⁴⁸ Lavapuro 2010, s.125 Merikoski, Veli ”Muuttumaton muuttuva valtiosääntömme: Suomen hallitusmuoto 1919–197–1969” WSOY 1969, Viljanen, Veli-Pekka ”Perusoikeuksien rajoitusedellytykset” Helsinki 2001.

²⁴⁹ Lavapuro 2010, s.285 - 286.

7.3 Ihmisoikeuksia korostavan näkökulman kritiikkiä

Ihmisoikeuksia korostavaa näkökulmaa kohtaan on myös esitetty hyvin kriittisiä argumentteja liittyen muun muassa jännitteeseen ihmisoikeuksien ja kulttuurin välillä. On sanottu, että ihmisoikeuksien sisältö sotii kulttuurin perinteitä vastaan, eivätkä ihmisoikeudet tosiasiasa sovi yleismaailmallisesti kaikille rotuun ja kulttuuriin katsomatta.²⁵⁰ Näin ollen ihmisoikeuksia ei olisi perusteltua nostaa määräävään asemaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Suomessa esimerkiksi Martti Koskenniemi on kyseenalaistanut modernien ihmisoikeuksien normatiivisen merkityksen ja rationaalisuuden viittaamalla oikeuksien taipumukseen muuntua vallitsevan yhteiskunnallisen tilanteen legitimaatioksi ja sitä kautta päätöksenteon fasadiksi. Ongelma korostuu, kun ihmisoikeudet esitetään perustavanlaatuisina, luovuttamattomina ja jokaiselle yhtäläisin perustein kuuluvina, vaikka kaikki oikeudelliset käytännöt samalla osoittavat, etteivät ne sitä oikeasti ole.²⁵¹

Ihmisoikeuksia antropologisesta näkökulmasta tutkinut Miia Halme kuuluttaa vuonna 2007 ilmestyneessä artikkelissaan etnografista lähestymistapaa ihmisoikeustutkimukseen ja pohtii ihmisoikeuksien ja lain kompleksista suhdetta. Ongelmana on, että ihmisoikeuksia kohdellaan tietyn ennalta määritetyn sisällön omaavina materiaalisina tosiasioina, eikä sosiaalisen konstruoinnin kautta. Halme suhtautuu kriittisesti ihmisoikeusasiantuntijoiden jakamaan tietoon, jota kohdellaan kuin todistusaineistona materiaalisena tosiseikkana pidettyjen ihmisoikeuksien absoluuttisesta olemassaolosta. Ihmisoikeudet ovat olleet pitkälti juristien ajama ilmiö ja ihmisoikeuksien ja lain suhde on nähty kiinteänä.²⁵² Ihmisoikeuksia korostavan näkökulman kritiikki voidaan nähdä vasta-argumenttina niille perusteluille, joilla kulttuurista puolustusta vastustetaan kulttuuriperinteiden ihmisoikeuksia polkeville piirteille pohjautuvina.

²⁵⁰ Ks. tästä näkökulmasta Pirjola 2007.

²⁵¹ Ks. Koskenniemi, Martti ”The Effect of Rights on Political Culture”. Teoksessa ”Alston-Bustello- Heenan (eds.): The EU and Human Rights”, s.99-116. Oxford University Press 1999.

²⁵² Halme 2007, s.33 - 35.

8. JOHTOPÄÄTÖKSET

Rikosoikeuden kulttuuriset jännitteet on ajankohtainen ja oikeuspoliittisesti tärkeä tutkimuskohde, joka ei ole saanut riittävästi huomiota Suomessa. Kulttuurinen puolustus ilmenee (oikeudellisessa) todellisuudessamme eri muodoissa ja sitä koskevan teorian- ja käsitteenmuodostuksen ja ilmiön systematisoinnin kehittäminen olisi toivottavaa ja parantaisi mahdollisuuksiamme toimia rikosoikeuden kansainvälistyvässä toimintaympäristössä. Kyseessä on hyvin poikkitieteellinen ja monioikeudellinen tutkimuskohde. Tulkinta-apua ilmiön hahmottamiseen on löydettävissä diskurssianalyysistä, ihmisoikeustutkimuksesta sekä oikeuden ja sukupuolen tutkimuksesta, mutta sitä on haettava myös oikeustieteen ulkopuolelta etenkin kulttuuriantropologiasta.

Kulttuurisen puolustuksen analyysissä rikoslain yleisen osan tuntemus on tärkeää. Yleisen osaan sisältyvät periaatteet ja syyllisyysoppi kaipaavat uudelleen arviointia vastaamaan monikulttuurista nykypäivää. Kulttuuristen perus- ja ihmisoikeuksiin pohjautuvien tekijöiden asemaa vastuuvapausperusteiden tulkinnassa on syytä selvittää. Kulttuuriset tekijät vaikuttavat erityisesti provokaatiota koskevien tilanteiden sekä erehdystilanteiden arviointiin. Kulttuuriperusteilla voi olla ratkaiseva merkitys myös lakiin kirjoittamattomana vastuusta vapauttavana seikkana. Lakiin on vaikea konstruoida puolustusperusteeksi erityistä kulttuurista puolustusta, mutta perus- ja ihmisoikeuksien painoarvosta ristiriitatilanteessa olisi syytä lausua vastuuvapausperusteita koskevan sääntelyn yhteydessä.

Tutkielmassa on annettu joitain esimerkkejä siitä, minkälaisia konflikteja oikeudellisten ja kulttuuristen normien välille voi syntyä. Vastuuvapausperusteiden kannalta KKO 2008:93 osoitti sen selvän lähtökohdan, että teon taustalla olevat kulttuuriset syyt ja motiivit tulee ottaa huomioon rikosoikeudellisessa arviossa ja KKO omaksui ratkaisussaan kulttuurista puolustusta koskevan oikeuttamisperusteen. Vastuusta vapauttava seikka tapauksessa koski vastaajan uskontoa. Tapauksessa itse kulttuurinen tapa ja vastaajaan kuuluminen kyseiseen ryhmään olivat selkeitä ja riidattomia. Uskonnon vapautta ja perhe-elämän suojaa pidettiin ratkaisussa niin tärkeänä, että sillä voitiin oikeuttaa lapsen henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaus. Perus- ja ihmisoikeuksien punninnalla on merkittävä rooli ratkaistaessa kulttuuristen ja uskonnollisten tekijöiden merkitystä oikeudellisissa konflikteissa. Punninnassa keskeistä on rajanveto hyväksyttävien perus- ja ihmisoikeuksien rajoitusten ja niiden kiellettyjen loukkausten välillä. Apua rajanvetoon on löydettävissä etenkin ydin-

alueargumentaatiosta. Punninta on hankalaa empiirisen tutkimuksen puutteen, oikeuskäytännön vähäisyyden ja aiheen poliittisen arkaluontoisuuden vuoksi. Olisi tärkeää määritellä, mitkä ovat ne perusoikeuksien ydinalueet, joista todelle pidämme kiinni. Ruumiillinen koskemattomuus ei KKO 2008:93 mukaan vaikuta nauttivan ainakaan ehdotonta suojaa.

Perus- ja ihmisoikeusajattelun voimistuminen ja yleinen oikeuden yksilöllistymiskehitys johtavat siihen, että tekijän henkilökohtaisille ominaisuuksille ja vaikuttimille tulisi antaa enemmän painoa rikosoikeudessa. Lainsäätäjän on pyrittävä pysymään monikulttuuristuvan yhteiskunnan ja oikeuskulttuurin muuttuvien arvojen hengessä mukana ja esimerkiksi erillislaki poikien ei-lääketieteellisiä ympärileikkauksia koskien pitäisi säätää mahdollisimman pian. Lainsäädännön puuttuminen on johtanut perheiden ja lääkärien kannalta kohtuuttomaan tilanteeseen, jatkuvaan epätietoisuuteen siitä, onko toimenpide sallittu vai tuleeko syyte pahoinpitelystä. Teoreettisesti vastaajan kulttuuritaustan huomiointi ei merkittävästi eroa oikeusjärjestelmämme nykykäytännöstä, joissa jo otetaan huomioon mm. henkilön ikä ja mielentila. Rikosoikeudellisessa arvioinnissa kulttuuri voidaan pelkistetyesti nähdä vain yhdeksi huomioon otettavaksi tekijäksi lisää. Käytännön tasolla todistelua koskevat ongelmat voivat muodostua suuriksi.

Vaikka kulttuurista puolustusta koskevia tapauksia on ollut Suomessa vähän, on ilmiö teoreettinen merkitys huomattava sen perustuessa rikosoikeuden perustavaa laatua oleviin lähtökohtiin. Yhteiskunnassamme tulee varmasti tulevaisuudessa olemaan yhä enemmän tilanteita, joissa kulttuurinen tapa vaikuttaa olevan ristiriidassa rikoslakimme kanssa. Jos toiminta ei ole lainsäädännön, tapaoikeuden tai sosiaaliadekvanssia koskevan opin perusteella selkeästi hyväksyttyä edellyttää sen hyväksyminen toiminnan oikeuttavaa uutta lainsäädäntöä tai oikeutta luovaa tuomioistuinikäytäntöä.

Tapauksessa KKO 2008:93 kulttuurista konfliktia ei voitu ratkaista suoraan rikoslain ja sitä koskevien tulkintakäytäntöjen ja doktriinin avulla. Mikäli kulttuurisella puolustuksella tai perus- ja ihmisoikeuksia koskevalla vastuuvapaudella olisi doktriinina vahvempi asema rikosoikeusteoriassa, olisi ratkaisu voitu rakentaa siinä muotoiltujen periaatteiden avulla. Koska selvää etukäteistä vastausta kulttuurisen puolustuksen ongelmaan ei ole, voimme vain suunnitella rikosoikeudelliset käytännöt ottamaan tämän epätäydellisyyden vakavasti. Keskeistä on hahmottaa teoreettinen perusta, jonka varaan kulttuuritekijöiden huomioi-

minen nojaa. Merkitystä on muun muassa laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden asettamilla vaatimuksilla

Kulttuurisella puolustuksella on sitä vahvempi pohja, mitä paremmin se voidaan sitoa perus- ja ihmisoikeuksia koskeviin normeihin ja periaatteisiin. Näitä ovat mm. kulttuuriset oikeudet, uskonnon- ja omantunnon vapaus, perhe-elämän suoja ja yksityisyys, yhdenvertaisuus sekä prosessuaaliset oikeudet kuten oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Kulttuuriset oikeudet nauttivat Suomessa lain tasolla vahvaa suojaa, mikä korostaa niiden merkitystä myös rikosoikeudessa. Kulttuurisen puolustuksen tapaukset ovat mitä erilaisimpia, mikä korostaa tapauskohtaista harkintaa. Lavapuro on todennut, että modernit valtiosääntöoikeudelliset ongelmat rakentuvat ennalta määräämättömyyden ja kontekstuaalisuuden, mutta myös sisällöllistä legitimizeettiä ja periaatteellista tasapainoa koskevien normatiivisten ideaalien varaan. Käsitys korostaa tapauskohtaisen punninnan merkitystä, jännitteet voi olla syytäkin jättää yleisellä tasolla ratkaisemaan etukäteen ja odottaa punnintoja ja niiden argumentteja oikeudellisissa ja poliittisissa käytännöissä.²⁵³

8.1 Taulukko kulttuurisen puolustuksen kriteereistä

Seuraavassa taulukossa olen luetellut kulttuurisen puolustuksen kannalta keskeisiä kriteerejä. Taulukko perustuu pääosin luvussa 3.4 käsiteltyihin Waldronin ja Rentelnin luomiin kriteereihin sekä muihin huomioihin lähdeaineistosta. Käytän taulukossa tapausta KKO 2008:93 esimerkkinä kriteerien soveltamisesta. Seuraavaan kysymykseen siirrytään vain myöntävän vastauksen perusteella ja kulttuurinen puolustus saavuttaa hyväksyttävän teoreettisen pohjan kaikkien kriteerien täytyttyä.

²⁵³ Lavapuro 2010, s.287.

TAULUKKO KULTTUURISEN PUOLUSTUKSEN KRITEREISTÄ

Kriteeri	Huomioitavaa	KKO 2008:93
Onko puolustusperusteelle/ poikkeukselle tilaa ja lain tarkoitus huomioiden?	Lain tausta-arvot ja suojausintressit Laillisuusperiaate Perus- ja ihmisoikeudet Yhdenvertaisuus	Henkilökohtainen koskemattomuus on vahva oikeus, mutta siitä voidaan painavin perustein poiketa.
Onko oikeudenmukaista, että se vaikuttaa juuri kyseisen kulttuurisen ryhmän edustajien hyväksi?	Kuinka suurta osaa lain kohderyhmästä poikkeus koskee? Mitä sääntelyä kyseisen ryhmän oikeuksista on?	Kyseessä suhteellisen harvinainen ilmiö Suomessa, Muslimeilla oikeus uskonnon harjoittamiseen, kyse vahvasta sitoutumisesta kulttuuriseen traditioon.
Kuuluuko vastaaja tähän etniseen ryhmään?	Tosiasiallinen sidonnaisuus ryhmään ja sen normien noudattamiseen.	Vastaajan/ perheen todettiin olevan islaminuskaisia.
Harjoitetaanko tässä ryhmässä kyseessä olevaa traditiota?	Ryhmän pysyvyys Tulkinta-apua kulttuuri- antropologiasta Todistelun ongelmat	Tapauksessa todettiin islamilaisten poikien ympärileikkauksella olevan vahvat perinteet Suomessa.
Toimiko vastaaja tämän tradition vaikutuksesta?	Sitoutuminen ja omistautuminen kulttuuristen normien noudattamiseen	Vastaaja kertoi suorittaneensa toimenpiteen pojalleen uskonnollisista ja kulttuuri- perinteisiin liittyvistä syistä ja pitäneensä toimenpidettä elin- tärkeänä.

Taulukon kysymykset auttavat kulttuuriset puolustuksen teoreettisen hyväksyttävyyden konstruoinnissa. Kulttuurisen puolustuksen tapauksia ratkaisevien tuomioistuinten on kyettävä irtaantumaa siitä poliittisista ja tunnepitoisesta aineksesta, jota monikulttuurisuuteen yhteiskunnassa liitetään. Ratkaisun on täytettävä legalismin vaatimukset ja perustuttava lakiin, mutta moraaliset ja eettiset argumentit voidaan huomioida perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnan kautta. Perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnalle perustuvan vastuu- vapausperusteen voidaan nähdä osoittavan ihmisoikeusjärjestelmän yhtä tarkoitusta koskien rajojen asettamista oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle yksilön kannalta kohtuut- tomien ratkaisujen välttämiseksi.

Monikulttuurisuuteen liittyvät ilmiöt ulottavat vaikutuksensa rikosoikeuteen, mutta juristeilla ei yleensä ole valmiuksia tämän tyyppisten kysymysten käsittelyyn. Oikeustieteelliseen koulutukseen tulisi sisällyttää monikulttuurisen juridiikan opetusta. Tuomareilla tulisi myös olla tietämystä heidän alueellaan elävien vähemmistöjen kulttuureista.²⁵⁴

Kenenkään ei ole syytä vapautua rikosvastuusta ainoastaan perustuen siihen, että hän on käyttäytynyt kulttuurinsa vaatimusten mukaisesti. Oikeudelliset ja kulttuuriset normit on selkeästi erotettava toisistaan. On kuitenkin tärkeää, että tällaiset kulttuuriset perusteet otetaan asianmukaisesti huomioon ainakin siinä missä muitakin seikkoja koskevat puolustusperusteet, eikä niitä tyrmätä poliittisista syistä. Kulttuuriset oikeudet ovat tärkeä osa perus- ja ihmisoikeusjärjestelmää myös rikosoikeuden kontekstissa.

²⁵⁴ Renteln 2009, s.82.